Die rechtliche Natur des Ersatzanspruches des Fürsorgeverbands gegen den unterhaltspflichtigen Dritten nach § 21 Abs. II der Reichsfürsorgepflichtverordnung vom 13. Februar 1924.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Artur Wiesmeier
Rechtsanwalt aus Straubing.

Approbiert am 3. Februar 1930.

Buchdruckerei Edmund Arnold, Straubing.
1930

Die rechtliche Natur des Ersatzanspruches des Fürsorgeverbands gegen den unterhaltspflichtigen Dritten nach § 21 Abs. II der Reichsfürsorgepflichtverordnung vom 13. Februar 1924.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen
vorgelegt von

Artur Wiesmeier
Rechtsanwalt aus Straubing.

Approbiert am 3. Februar 1930.

Buchdruckerei Edmund Arnold, Straubing.
1930

Referent: Univ.-Professor Dr. Liermann.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinen lieben Eltern.

Inhaltsverzeichnis:

		Seite
§ 1	Einleitung	1
§ 2	Allgemeine Betrachtungen zum Wortlaut der Bestimmung	5
§ 3	Die Theorie der ungerechtfertigten Bereicherung	9
§ 4	Die Theorie der auftragslosen Geschäftsführung	13
§ 5	Die Theorie der gesetzlichen Zession. Allgemeines	20
§ 6	Das Wesen des familienrechtlichen Unterhaltsanspruches	25
§ 7	Erster Einwand: Die Fassung des § 21 FVO	29
§ 8	Zweiter Einwand: Die Präsensfassung	35
§ 9	Dritter Einwand: Die Ausdrucksweise: „Ersatz“	37
§ 10	Vierter Einwand: In praeteritum non vivitur	40
§ 11	Die Probe auf die Zessionstheorie: Das Wesen der Zession	45
§ 12	Die Theorie des „öffentlich-rechtlichen Anspruchs“	49
§ 13	Ergebnis	55

Die rechtliche Natur des Ersatzanspruches des Fürsorgeverbands gegen den unterhaltspflichtigen Dritten nach § 21 Abs. II der Reichsfürsorgepflichtverordnung vom 13. Februar 1924.

§ 1

Einleitung.

Der Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes gegen den Dritten, der zur Unterstützung des Hilfsbedürftigen verpflichtet gewesen wäre, hat seine Regelung in § 21 Abs. II der FVO gefunden. Er lautet:

> „Der Fürsorgeverband, der auf Grund dieser Verordnung einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, kann zum Ersatz Rechtsansprüche, die der Hilfsbedürftige Dritten gegenüber hat, in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen geltend machen, wie der Hilfsbedürftige selbst. Das gilt auch dann, wenn er einen Ersatzanspruch gegenüber einem anderen Fürsorgeverband hat."

Diese Vorschrift ist in der Entwicklung der Armengesetzgebung nicht neu. Sie hat einen Vorläufer schon in dem § 62 des UWG und ist offensichtlich, wenn auch mit gewissen Abänderungen, ein Ableger dieser Bestimmung.

Der § 62 UWG lautet in seinem Abs. 1:

> „Jeder Armenverband, welcher nach Vorschrift dieses Gesetzes einen Hilfsbedürftigen unterstützt hat, ist befugt, Ersatz derjenigen Leistungen, zu deren Gewährung ein Dritter aus anderen als den durch dieses Gesetz begründeten Titeln verpflichtet ist, von dem Verpflichteten in demselben Maße und unter denselben Voraussetzungen zu fordern als dem Unterstützten auf jene Leistung ein Recht zusteht."

Ein Vergleich der beiden Vorschriften ergibt, daß es sich jedenfalls um eine nach Wesen und Inhalt durchaus gleich gerichtete Regelung des Ersatzanspruches handelt. Beide Vorschriften machen zum Subjekt des Anspruches den Träger der Armenfürsorge, der auf Grund der gesetzlichen öffentlichen Fürsorge d. h. also im Rahmen seines typischen Aufgabenkreises, Leistungen gewährt hat; beide Vorschriften machen zum Objekt der Ansprüche den Dritten, der an sich - und zwar außerhalb der Fürsorgegesetzgebung - verpflichtet gewesen wäre, Leistungen an den Hilfsbedürftigen zu tätigen, und in beiden Bestimmungen ist der Ersatzanspruch hinsichtlich seiner Voraussetzungen und seines Inhalts durch jenen Anspruch, der dem Hilfsbedürftigen gegen den Dritten zusteht, qualifiziert. Wenn hinsichtlich des Wortlauts der beiden Bestimmungen ein gewisser Unterschied darin besteht, daß § 21 FVO „zum Ersatz" die „Ansprüche des Hiflsbedürftigen gegen den Dritten" gewährt, während § 62 UWG „Ersatz der Leistungen, zu deren Gewährung der Dritte verpflichtet ist" zubilligt, so mag wegen der Frage, ob es sich hiebei um eine rein redaktionelle Abänderung des Wortlautes des § 62 UWG oder um eine sachliche Neuregelung des Ersatzanspruches handelt, auf die späteren Untersuchungen verwiesen werden. [1]

Trotzdem kann aber schon an dieser Stelle das eine Gemeinsame in der Regelung der beiden Vorschriften festgestellt werden, daß sie beide auf die Rechtsbeziehungen zwischen Drittem und Hilfsbedürftigem Bezug nehmen. Jedenfalls handelt es es sich aber bei § 21 Abs. II FVO um die Regelung der gleichen Materie wie bei § 62 UWG und dem Gesetzgeber hat offensichtlich bei Abfassung des § 21 FVO auch der § 62 UWG vorgeschwebt. [2]

Die unleugbare historische Abstammung des § 21 FVO von § 62 UWG berechtigt also nicht nur, sondern verpflichtet sogar, bei der Betrachtung des § 21 FVO nach seiner juristischen Natur den § 62 UWG heranzuziehen.

---

[1] S. 37 ff der Arbeit

[2] vgl. Baath. Anm. I zu § 21 FVO und Anm. 4 b zu § 5 RGr. S.

In der Frage der juristischen Natur des § 21 FVO hat sich nun bislang, ebenso wie bezüglich des § 62 UWG, immer noch keine communis opinio herausgebildet. [1] In der Theorie und Praxis hat wohl bezügl. des § 62 UWG die Theorie der cessio legis überwiegend Anerkennung gefunden. Dagegen bestehen jedoch auch beachtens- und nennenswerte abweichende Ansichten, die den Ersatzanspruch des § 62 UWG teils als einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung, teils als einen Anspruch auf Grund auftragsloser Geschäftsführung [2] auffassen. Und wieder Andere nehmen weder das eine noch das andere an, wollen vielmehr den Ersatzanspruch als einen selbständigen, unabhängigen, kraft positiver gesetzlicher Vorschrift gegebenen Anspruch betrachtet wissen. [3]

Bevor wir nun in die Untersuchung der juristischen Natur des Erstattungsanspruches des Fürsorgeverbandes eintreten,

---

[1] Allgemeine Literatur: Schäfer, Privatrechtliche Beziehungen der Armenverbände zu dem Unterstützten und zu dritten Personen in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 41 a. Jg. 1897, ferner: Greve, Erstattungsansprüche der Fürsorgeverbände, Borna-Leipzig 1904 S. 38, v. Speth-Schülzburg, Ersatzanspruch des Armenverbandes gegen den Unterstützten und den privatrechtlich zu seinem Unterhalt Verpflichteten, Leipzig 1907 S. 70; Hufnagel, Die Rückforderung der durch öffentliche Armenunterstützug geleisteten Beiträge vom Unterstützten und von dritten Personen, Heidelberg 1914 S. 44, Zapp: Der Ersatzanspruch bei der Armenfürsorge, Würzburg 1923 S. 92; Kayser, Die Ersatzansprüche der Armenverbände usw. im Pr. Verw. Bl. Bd. 36 (Jg. 1914—15) S. 503 ff; Liefschütz, Ersatzansprüche der öffentlichen Armenverbände im Archiv des öffentlichen Rechts, Tübingen Bd. 33 Heft 3 und 4 (Jg. 1915); Eger, RUWG. S. 432.

Bezügl. des § 21 FVO: Karnop, Die Ersatzansprüche der Fürsorgeverbände gegen den unterhaltspflichtigen Verwandten und den Unterstützten nach der Reichsfürsorgepflichtverordnung v. 13. Febr. 24, Breslau 1926 und in: Zeitschr. f. d. Heimatwesen Bd. 31 (Jg. 1927); Josef, in d. Leipz. Zeitschr. für deutsches Recht 1926 S. 1250; Kraegeloh, in d. Zeitschr. f. d. Heimatwesen Bd. 34. Sp. 21 ff; Baath, Fürsorgepflichtverordnung 1927 Anm. I zu § 21.

[2] So bes. Eger: Das Reichsunterstützungswohnsitzgesetz, Anm. 16 zu § 62 S. 432 und im Anschluss an ihn Liefschütz, in Archiv des öff. Rechts, Bd. 33 Heft 3 und 4. (Jg. 1915.)

[3] So anscheinend Schanze, in Archiv f. zivilistische Praxis, Bd. 69 S. 256, wo er von „einer Art negotiorum gestio" spricht, und für § 21 FVO insbesondere mit bes. Nachdruck Karnop, der den Ersatzanspruch als einen öffentlichrechtlichen Ersatzanspruch im Lassar'schen Sinne bezeichnet in Zschr. f. d. Heimatwesen 1926, S. 632.

sei eine andere Frage vorweggenommen. In der Literatur wird vielfach bezgl. des § 62 UWG als besondere, selbständige Frage die aufgeworfen, welches sein Verhältnis zu den Vorschriften des BGB sei.[1] Diese Problemstellung will uns als überflüssig und daher nur verwirrend erscheinen, denn darüber dürfte sich doch wohl kein Streit erheben, daß der Erstattungsanspruch kraft seiner positiven Regelung im UWG bezw. jetzt in der FVO die Stellung der lex specialis einnimmt, die nicht dadurch ignoriert werden kann, daß die allgemeinen Vorschriften des BGB über Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung zur Geltendmachung des Erstattungsanspruches herangezogen werden. „Der Gesetzgeber kann den § 21 FVO nicht durch die weitergehenden Vorschriften des BGB als in seiner praktischen Wirksamkeit aufgehoben wissen wollen."[2] Jene Problemstellung gehört in das Gebiet der Frage nach der juristischen Natur des Erstattungsanspruches. Tatsächlich treffen sich ja auch die bei jener Problemstellung angestellten Untersuchungen der einschlägigen Autoren geradezu mit den Untersuchungen über die juristische Natur. Und gerade durch die Frage nach der juristischen Natur des Erstattungsanspruches wird die Tatsache, daß es sich um eine lex specialis handelt, dokumentiert; denn nur wenn § 62 UWG bezw. § 21 FVO lex specials ist, interessiert ihre juristische Natur. Dabei ist es sehr wohl denkbar, daß § 21 FVO, obwohl Sondervorschrift, unter dem Gesichtspunkt der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung betrachtet werden darf. Dies erhellt besonders daraus, daß § 21 FVO ja nicht erst — zeitlich — nach dem BGB entstanden ist, sondern seinen Ursprung, wie schon oben dargelegt, in § 62 UWG, also einer Zeit vor dem BGB hat, in der die Rechtsinstitute der auftragslosen Geschäftsführung und der ungerechtfertigten Bereicherung in ihrer heutigen Kodifizierung noch nicht bestanden.

---

[1] So insbes. Greve a. a. O. S. 50 — 51. [2] mit Greve a. a. O. S. 51

§ 2

Allgemeine Betrachtungen zum Wortlaut der Bestimmung.

Eintretend in die Untersuchung der juristischen Natur des Erstattungsanspruches des § 21 RFV gehen wir von folgenden allgemeinen Betrachtungen aus:

Wir haben es in § 21 RFV mit drei Subjekten zu tun: Mit dem leistenden Fürsorgeverband, mit dem berechtigten die Leistung des Fürsorgeverbandes empfangenden Hilfsbedürftigen und mit dem verpflichteten, jedoch nicht leistenden Dritten.

Wenn wir nun den typischen Fall annehmen, daß eine Person A für eine andere Person C und an deren Stelle einer Person B die Leistung der Person C gewährt, so kann die Person A den Ausgleich ihrer durch die Leistung bedingten Vermögenseinbuße unter drei Gesichtspunkten gegen C geltend machen: [1]

Entweder: Der leistende A fasst die in seinem Verhältnis zum empfangenden B, dem Berechtigten, bewirkte Veränderung der Rechts- und Sachlage ins Auge. Er betrachtet dasjenige, was er gegeben hat, als Erwerbspreis für die Forderung des B gegen C. Er hat etwas aus seinem Vermögen preisgegeben, um damit ein anderes Vermögensobjekt, die Forderung des B gegen C, zu bekommen. Das, was also A zum Ersatz für seine Vermögenseinbuße erhält, ist genau dasjenige Recht, das dem B gegen C zugestanden hat. Die erworbene Forderung des A ist identisch mit der Forderung des B gegen C. A erwirbt ein von B abgeleitetes, von diesem auf ihn übergangenes Recht. Es hat, sagt der Jurist, eine Zession stattgefunden. Dabei muß entweder B damit einver-

[1] im Anschluß an Schäfer, Zivilrechtliche Beziehungen der Armenverbände usw. in: Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts (begr. durch Gruchot), Bd. 41 a, Jg. 1897. Schäfer nennt jedoch nur 2 Wege: Nützliche Verwendung (heute der Geschäftsführung ohne Auftrag entsprechend) und Zession.

standen sein, daß sein Forderungsrecht gegen C auf A übergeht, — dann liegt eine vertragliche Zession vor — oder ein ausdrückliches Einverständnis des B ist nicht erforderlich, sondern dieses wird durch den höheren Willen der Rechtsordnung ersetzt, — dann haben wir es mit einer gesetzlichen Zession zu tun.

Oder: A faßt die Veränderung der Rechts- und Sachlage ins Auge, wie sie sich in seinem Verhältnis zum Pflichtigen C darstellt: A hat für C an B bezahlt, was C dem B hätte zahlen müssen. A will von C das wieder haben, was er an B gegeben hat. In solchem Falle ist also das, was C dem A geben soll nicht wesensgleich mit dem, was C dem B schuldig war, nicht das gibt C dem A was er dem B schuldig war, sondern das, was A dem B gegeben hat. Es handelt sich hier dann nicht um einen abgeleiteten Anspruch, sondern um einen selbständigen, aus der Besorgung des A diesem gegen C entstandenen Anspruch. Rechtlich gesehen haben wir es hier mit dem Rechtsinstitut der Geschäftsführung ohne Auftrag zu tun.

Oder aber endlich: A fasst weder sein Verhältnis zu C noch das zu B ins Auge; er sieht lediglich die Tatsache, daß B hinsichtlich seiner Forderung befriedigt ist und daß C von seiner Schuld (wegen § 267 BGB) frei geworden ist, während er, A, „den Schaden" hat, ohne daß für diese Verschiebung der Vermögensverhältnisse ein rechtfertigender Grund vorhanden wäre. Nicht auf Grund einer „Beziehung" zu B oder C verlangt A seine Auslagen zurück, sondern lediglich zu Wiederherstellung des „Gleichgewichts." Während bei den beiden ersten Fällen der Rückforderungsanspruch die Konsequenz einer Relation ist, ist er im letzten Falle die Konsequenz eines absoluten Zustandes. Daher haben wir es hier im Prinzip mit dem Institut der ungerechtfertigten Bereicherung zu tun.

Ein Vergleich der 3 Fälle ergibt: Der Unterschied, ob das eine oder andere Rechtsverhältnis gegeben ist, liegt prinzipiell — unbeschadet der späteren Ausführungen, [1] — da

[1] S. 9 ff der Arbeit

ja der objektive Sachverhalt stets der gleiche ist, im subjektiven Moment, d. h. in der Willensrichtung, in der Denkweise, des den Anspruch geltend machenden Subjekts A. Je nachdem dieses sein Verhältnis zu B oder C oder seine absolute, von diesem Verhältnis losgelöste Rechtslage seinem Anspruch zu Grunde legt, ist Zession, Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung gegeben.

Wenn nun auch die „Denkweise" des berechtigten Subjekts in der Wahl der gebrauchten Ausdrücke im allgemeinen seinen Niederschlag findet, so handelt es sich dabei doch um ein nur äußeres Merkmal. Entscheidend aber muß doch der Gedankengang des berechtigten Subjekts bleiben, der sich nicht immer mit der äußeren Form der gewählten Worte zu decken braucht. Dies muß selbst dann gelten, wenn es sich um die Formulierung eines Fachmanns, des Gesetzgebers, handelt; denn auch hier behält die wirkliche Denkweise des Gesetzgebers seine überwiegende, ausschlaggebende Bedeutung gegenüber dem äusseren Kleid der Worte. Damit ist bereits das eine Positive gewonnen, daß aus einer Argumentation aus dem „Wortlaut" einer Bestimmung keine zuverlässigen Schlüsse gezogen werden können. Der Wortlaut ist vielmehr nur insoweit beachtlich, als er sich tatsächlich mit der internen Denkweise des berechtigten Subjekts deckt und diese bestätigt.

Mit diesen Darlegungen soll gegen jene Schriftsteller Stellung genommen werden, die bei der hier zu untersuchenden Frage dem Wortlaut des § 21 FVO bezw. des § 62 UWG wenn auch nicht überwiegende, so doch unter Berufung auf die übliche gesetzliche Terminologie [1] eine mit den anderen Argumenten koordinierte Bedeutung beimessen und die Entstehungsgeschichte des § 62 UWG ignorieren wollen.

Die Betrachtung der §§ 21 FVO und 62 UWG nach dieser Richtung zeigt nun, daß alle drei nach den oben entwickelten

---

[1] So Karnop, S. 30 unter Berufung auf § 51 JWG und besonders Kayser im Pr. Verw. Bl., Bd. 36 (Jg. 1914—15) S. 503 ff, unter Berufung auf § 57 II des alten Kr. Vers. G. und § 774 BGB., Vgl. auch unten S. 29 ff. der Arbeit.

Grundsätzen möglichen Gedankengänge in ihnen vertreten sind.

Wenn in den § 21 FVO und 62 UWG von „Ersatz“ gesprochen wird, so handelt es sich dabei wohl um einen Ausdruck, mit dem der Gedanke der ungerechtfertigten Bereicherung — zum mindesten im Unterbewusstsein — berührt ist. Es ist schon allein sprachlich nicht üblich, für eine entgeltliche Leistung das Wort „Ersatz“ zu gebrauchen. Dies ist vielmehr der typische Ausdruck, mit dem die Wiederherstellung einer ungerechtfertigten Vermögensverschiebung (im allgemeinsten Sinn)[1] charakterisiert wird.

Der Gedanke der Geschäftsführung ohne Auftrag erscheint dadurch angedeutet, daß bei § 21 FVO dem Absatz II, der den Ersatzanspruch regelt, unmittelbar ein Absatz I des Inhalts vorangestellt ist, daß „die Verpflichtungen Dritter, einen Hilfsbedürftigen zu unterstützen, durch diese Verordnung nicht berührt werden“. Im alten UWG haben wir die gleiche Erscheinung in der Form, daß der gleiche Gedanke dem § 62 im § 61 dort vorangesetzt ist. Damit wird also mit aller Deutlichkeit in Erinnerung gebracht, daß der Fürsorgeverband für und an Stelle des Dritten leistet, dessen Verpflichtung nach wie vor fortbesteht.

Nicht zu verkennen aber ist vor allem der Gedanke der Zession, auch wenn die sonst übliche Terminologie nicht angewendet ist, und zwar insbesondere in § 21 FVO, wenn es dort heißt, daß der Fürsorgeverband jene Rechtsansprüche geltend machen kann, die der Hilfsbedürftige einem Dritten gegenüber hat. Er kann also die Rechtsansprüche des Hilfsbedürftigen geltend machen. Es besteht also Identität zwischen dem Anspruch des Fürsorgeverbandes und dem des Hilfsbedürftigen. Nach dem Gedankengang des Gesetzgebers ist es nicht so, daß der Fürsorgeverband einen selbständigen Anspruch gegen den Dritten haben soll, bezüglich dessen etwa nur zu seiner näheren Umschreibung auf die Art und den Inhalt des Unterstützungsanspruchs des Hilfsbe-

[1] Man vergleiche: „Schadensersatzanspruch.“

dürftigen verwiesen ist, es ist vielmehr augenscheinlich, daß dem Gesetzgeber die Identität des Ersatzanspruches des Fürsorgeverbandes mit dem Unterstützungsanspruch des Hilfsbedürftigen bewußt und ausdrücklich von ihm gewollt war. Und für das Vorliegen einer Zession ist nach den obigen Ausführungen gerade dies das wesentliche Merkmal, daß nicht ein neuer Anspruch entsteht, sondern daß der alte Anspruch als solcher statt von der Person des alten Gläubigers her nunmehr von der Person des neuen Gläubigers her gegen den alten Schuldner weiter besteht. Mit Rücksicht auf diesen inneren Sinn der Worte des Gesetzgebers darf man wohl die Bedenken jener Autoren, welche die ungewöhnliche Terminologie des § 21 FVO rügen als gegenstandslos bezeichnen. So betrachtet ist das Fehlen der für die gesetzliche Zession üblichen Terminologie ebensowenig ein Hinderungsgrund für die Annahme der cessio legis als das Vorhandensein der terminologischen Ausdrucksweise ein eindeutiger Beweis für sie wäre. Selbstverständlich sind die oben angestellten Erwägungen nur von allgemein-prinzipieller Bedeutung und es soll durchaus nicht übersehen werden, daß der Gesetzgeber inzwischen im BGB die drei Institute der ungerechtfertigten Bereicherung, der Geschäftsführung ohne Auftrag und der Zession im einzelnen ausgebildet und ihre juristischen Tatbestände fein gegeneinander abgegrenzt hat. Es ist daher vor allem zu untersuchen, ob und inwieweit der Tatbestand des § 21 FVO den einzelnen rechtlichen Anforderungen dieser Institute im geltenden Recht entspricht.

§ 3

Die Theorie der ungerechtfertigten Bereicherung.

Wir wenden uns zunächst dem mit den obigen Beispielen zuletzt ins Auge gefaßten Rechtsgebilde der ungerecht-

fertigten Bereicherung zu.[1] § 812 BGB gibt uns die grundsätzlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Bereicherungsanspruches und danach stellen wir fest, daß erforderlich ist:

1. Der in Anspruch zu Nehmende muß durch die Leistung eines Anderen oder in sonstiger Weise etwas erlangt haben,
2. Er muß dies erlangt haben auf Kosten des Anderen,
3. Er muß „Etwas" erlangt haben,
4. Er muß dieses Etwas ohne rechtlichen Grund erlangt haben.

Nach dem Tatbestand des § 21 FVO muß der Fürsorgeverband an den Unterhaltspflichtigen geleistet haben. Nun folgt schon aus dem für die „ungerechtfertigte Bereicherung" geltenden Grundsatz der Unmittelbarkeit, daß selbstverständlich die Bereicherung, sofern diese durch eine „Leistung" hervorgerufen worden ist, gerade auch durch eine unmittelbare Leistung an den in Anspruch zu Nehmenden erfolgt sein muß. Dies ist hier nicht der Fall, weil ja der Fürsorgeverband nicht an den Dritten, sondern an den Unterhaltsberechtigten „geleistet" hat.

---

[1] Die Institute der ungerechtfertigten Bereicherung und der auftragslosen Geschäftsführung sind auch bei der Frage des Erstattungsanspruchs des Fürsorgeverbands gegen den Unterstützten selbst Gegenstand besonders ausführlicher Erörterungen. Die diesbzügl. Ausführungen der einschlägigen Literatur sind aber hier nicht verwendbar, weil bei der hier zu untersuchenden Frage des Erstattungsanspruchs gegen den Dritten eine durchaus andere Konstellation bezgl. der Rechtsbeziehungen des Dreiecksverhältnisses: Fürsorgeverband-Unterstützter — Pflichtiger vorliegt. Dies scheint uns vielfach, insbesondere bei den Arbeiten von Greve, v. Speth, auch Zapp, wenn nicht überhaupt unberücksichtigt, so doch nicht mit der erforderlichen Klarheit zum Ausdruck gebracht zu sein.

Dagegen wäre unbedenklich die Konstruktion [1] möglich, zu sagen, daß der Dritte etwas „in sonstiger Weise" erlangt hat, und zwar in der Weise, daß man folgert: Durch die Leistung des Fürsorgeverbandes an den Hilfsbedürftigen ist dieser befriedigt. Gem. § 267 BGB ist die Schuld des Unterhaltsverpflichteten. erloschen. Dieser ist von seiner Leistungspflicht frei. Durch den die Person des Leistungspflichtigen Dritten an sich gar nicht berührenden tatsächlichen Vorgang hat dieser „in sonstiger Weise" etwas erlangt. [2]

Der Dritte hätte in diesem Falle auch „Etwas" erlangt. Die Bereicherung muß durchaus nicht in einem positiven Zuwachs, sie kann auch in dem Wegfall einer Schuld bestehen. [3] Diese Befreiung von der Schuld ginge auch auf Kosten des Fürsorgeverbandes, dessen Vermögen durch die Leistung geschmälert wurde, wobei der ursächliche Zusamenhang unbestreitbar ist.

Und endlich würde die Befreiung des pflichtigen Dritten von seiner Schuld ohne rechtlichen Grund erfolgen. Denn dem Dritten gegenüber ist der Fürsorgeverband, wenn er auch auf Grund einer Gesetzespflicht handelt, obligatorisch nicht verpflichtet und der Dritte hat keinen obligatorischen Anspruch gegen den Fürsorgeverband, daß dieser die Leistung an den

[1] Wir müssen hier im Irrealis und von „Konstruktion" sprechen, weil die späteren Untersuchungen bestätigen werden, daß diese „Konstruktion" nicht zutrifft. Ungerechtfertigte Bereicherung, die ein Erlöschen des Schuldverhältnisses Unterhaltsberechtigter — Unterhaltsverpflichteter voraussetzt, und Zession, die ja gerade ein Fortbestehen der Forderung verlangt, schließen sich begrifflich gegenseitig aus. Man kann eben nicht diese gegenwärtige Untersuchung beantworten ohne die Ergebnisse der späteren zu berücksichtigen und umgekehrt. Die gegenwärtigen Untersuchungen gelten also nur bei der Unterstellung, daß eine Zession nicht vorliege. Im übrigen vgl. zur Frage des Verhältnisses des Bereicherungsanspruches zu anderen Ansprüchen überhaupt: Lent, Gesetzeskonkurrenz, S. 316 ff.

[2] Vgl. RG 51/80 und JW 03 Beil. 24, Plank, Bem. 2 a zu § 812 BGB, RGRK Bem. 2 zu § 812 BGB, Enneccerus § 441 II, 2, 3, § 442 III

[3] Vgl. Staud. § 812 Anm. 3 b.

Hilfsbedürftigen bewirke. Die Vermögensverschiebung besteht zwar formell zu Recht, weil sie innerhalb der Schranken des Gesetzes vor sich gegangen ist, materiell aber, im Verhältnis des Fürsorgeverbandes zum unterstützungspflichtigen Dritten erscheint sie als ungerechtfertigt und es fehlt insoweit an einem rechtlichen Grund.[1] Ja nicht einmal eine öffentliche-rechtliche causa liegt im Verhältnis des Fürsorgeverbandes zum Pflichtigen vor, sodaß wir eines Eingehens auf die Streitfrage überhoben sind, ob § 812 BGB. schon beim Fehlen einer zivilrechtlichen causa oder erst beim Fehlen auch einer causa des öffentlichen Rechtes Anwendung finden kann.[2]

Der formelle Rechtsbestand der Vermögensverschiebung aber hindert die Anwendung des Gedankens der ungerechtfertigten Bereicherung nicht, denn „das Gesetz heilt hier die Wunden die es selbst schlägt."[3]

Wenn nun auch alle diese Voraussetzungen zu bejahen wären, so fehlt es aber doch an einen begrifflichen Merkmal des Bereicherungsanspruches. Gem. § 818 Abs. 3 BGB ist der Herausgabeanspruch ausgeschlossen, soweit der Empfänger nicht mehr bereichert ist. Bei dieser Bestimmung handelt es sich nicht nur um eine reine äußere Begrenzung des Rückforderungsanspruches, sondern sie ist eine aus dem Grundgedanken der ungerechtfertigten Bereicherung sich ergebende logische Folge, wie dies ja schon durch den Namen des Instituts dokumentiert wird.[4] Jener Grundsatz nun ist mit der Regelung des Ersatzanspruches, wie sie in § 21 FVO getroffen ist, schlechterdings unvereinbar. Den dort ist wegen dieses Ersatzanspruches hinsichtlich seiner Art und seines Maßes verwiesen auf den Unterhaltsanspruch des Hilfsbedürftigen. Welches das Maß und die Voraussetzungen dieses Unterhaltsanspruches im einzelnen sind, interessiert hier nicht. Es darf

---

[1] Staud. Anm. 4 Abs. 4 zu § 812 BGB.

[2] Vgl. Lassar, der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, Berlin 1921.

[3] Dernburg § 374/IV.

[4] Die maßgeblichen Gedanken ergeben sich aus RG Bd. 75/362.

vielmehr hier die Feststellung genügen, dass der Unterhaltsanspruch das BGB mit dem Grundsatz, wie er hier in § 818 Abs. 3 zum Ausdruck kommt, nichts gemein hat. Er ist nirgendwo abhängig von einer etwa noch vorhandenen „Bereicherung" des Unterhaltspflichtigen.

Ein praktisches Beispiel mag dies augenfällig werden lassen. Angenommen der Unterhaltspflichtige hat aus Freude darüber, daß er von dem Unterhaltsberechtigten aus irgend einem Grunde, beispielsweise, weil er — der Pflichtige — nicht ausfindig gemacht wurde, nicht in Anspruch genommen wurde, sich entschlossen, das, was er eigentlich dem Unterhaltsberechtigten hätte geben müssen, jetzt in einer Vergnügungsreise nach Italien zu vertun. Nun kann es selbstverständlich nicht zweifelhaft sein, daß er, wenn er von seiner Reise zurückkommt und nun doch auf Unterhalt in Anspruch genommen wird, sich nicht damit verteidigen kann, daß er sagt, er sei nicht mehr bereichert, wie er es tun könnte, wenn es sich um einen Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung handelte.

Der in § 21 FVO gewährte Ersatzanspruch hat vielmehr seine Schranke in der Leistungsfähigkeit, des in Anspruch zu Nehmenden, eben nach Maßgabe der bürgerlichrechtlichen Unterhaltsvorschriften. Das ist aber ein anderer Gesichtspunkt als der der fehlenden Bereicherung. Von dem Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Bereicherung ist der Ersatzanspruch des § 21 FVO also jedenfalls unabhängig. Er geht viel weiter als der Bereicherungsanspruch: der Tatbestand des § 21 RFV wird durch jenen der §§ 812 ff BGB nicht gedeckt.

Die Konstruktion des Ersatzanspruches des § 21 FVO als eines Anspruches aus dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung ist somit abzulehnen.

§ 4

Die Theorie der auftragslosen Geschäftsführung.

An den Tatbestand der auftragslosen Geschäftsführung [1] wird man erinnert, wenn mann das Verhältnis: Fürsorgever-

[1] Allgemeine Literatur: Sturm: Die Lehre von der Geschäftsführung ohne Auftrag, Berlin 1907, Friedrich Lent: Der Begriff der auftragslosen Geschäftsführung, Leipzig 1909.

band — Unterstützter — Verpflichteter so auffaßt, daß der Fürsorgeverband für den Unterhaltspflichtigen und an dessen Stelle den Unterhaltsberechtigten unterstützt, er also „dessen Geschäft" besorgt.

Als wesentliche Voraussetzungen für das Vorliegen der Geschäftsführung ohne Auftrag stellen wir fest:

1. daß es sich um eine „Geschäftsbesorgung" handeln muß,
2. daß ein fremdes Geschäft besorgt werden muß,
3. daß die Geschäftsführung dem wirklichen oder doch mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entsprechen muß,
4. daß die Besorgung ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung erfolgen muß.

Wenn die Rechtsprechung ergibt, daß der Begriff der Geschäftsbesorgung nicht zu eng gefaßt werden darf,[1] insbesondere, über die Form eines Rechtsgeschäftes hinausgehend, auch rein tatsächlicher Natur sein kann, und man sich daher wohl der Definition Greves[2] und Zapps[3] anschließen kann, die darunter „die Entwicklung jeder Tätigkeit, die den wirtschaftlichen Interessen eines Anderen zu dienen geeignet ist" verstehen, so kann kein Zweifel bestehen, daß es sich bei der Erfüllung einer Unterhaltspflicht — sei diese nun gesetzlicher oder vertraglicher Natur — durch den Fürsorgeverband an Stelle des Unterhaltsverpflichteten um eine „Geschäftsführung" im Sinne der §§ 677 ff BGB handelt.[4]

Weiterhin dürfte es auch richtig sein, zu sagen, daß es sich bei der Tätigkeit des Fürsorgeverbandes um ein fremdes Geschäft, negotium alienum, handelt. Zwar stellt sich das „Geschäft" des Fürsorgeverbandes nicht schon rein äußerlich (objektiv) als ein fremdes dar (negotium re ipsa alienum) aber es genügt bekanntlich auch, wenn das Geschäft, an sich indifferent, lediglich durch die Willensrichtung des Geschäftsführers

---

[1] RG 70/251, 84/53
[2] A. a. O. S. 12.
[3] A. a. O. S. 37, im Anschluß an Oertmann, Anm. 1 b zu § 675 BGB.
[4] vgl. Staud. Anm. 1 b zu § 679.

zu einem fremden wird. (contemplatione alienum). Diese Unterscheidung ist auch für das BGB noch anerkannt. [1]

Nun ist allerdings in jedem Fall erforderlich, daß diese Willensrichtung des Geschäftsführers, für den anderen zu handeln, in irgend einer Form äußerlich erkennbar geworden ist. [2] Wenn nun in dieser Hinsicht Jebens [3] sagt, daß man gerade von einer derartigen contemplatio domini nicht sprechen könne, weil dem Fürsorgeverband (Armenverband) wohl kaum jemals zum Bewustsein komme, ob er propria oder aliena negotia geriere, daß er sich hierüber überhaupt keine Gedanken mache, weil er ja in Erfüllung einer öffentlichen Verpflichtung handle, so scheint uns gerade diese letztere Begründung eine Berechtigung zu geben, einen gegenteiligen Schluß zu ziehen: Das BGB als Kodifizierung des „bürgerlichen Rechts“ [4] ging bei der Aufstellung des Erfordernisses der contemplatio domini von dem normalen, typischen Falle aus, daß es sich um die Geschäftsführung eines Einzelnen, einer Privatperson handle. Wollte eine derartige Privatperson Ansprüche aus fremder Geschäftsführung herleiten, so musste sie selbstverständlich auch ihren Willen, f ü r einen anderen zu handeln, zum Ausdruck bringen. In unserem Falle aber ist das handelnde Subjekt ein öffentlich-rechtliches Rechtsgebilde, das auf Grund gesetzlicher Bestimmungen — nämlich jener der FVO — tätig wird. Ein solches öffentlich-rechtliches Rechtssubjekt kann nun auch einen persönlichen, individuellen Willen gar nicht mehr entwickeln, weil eben, da es sowieso nur innerhalb des ihm zugewiesenen Aufgabenkreises tätig wird, für die Entwicklung eines besonderen Willens gar

[1] Mot. Bd. II S. 855 ff. Pand. Bd. II S. 726, Oertmann, Vorbem. 3b, Plank, Bem. 2b.
[2] OLG Dresden v. 17. II. 02, Recht 1903 S. 605 Nr. 3075
[3] PrVerwBl. Bd. 27, Jg. 1905/06 S. 390.
[4] Man vergleiche hiezu nur die verschiedenen Theorien über die Frage, was „privates Recht“ sei, von denen eine der ursprünglichsten in Anlehnung an die Lehre des römischen Rechts (Ulpian fr 1 § 2 D I, 1) die ist, dass es sich beim Privatrecht um die Regelung der rechtlichen Beziehungen zwischen den Privaten, den Einzelindividuen handle.

kein Raum mehr ist. Dieser Wille wird vielmehr durch den Gesetzgeber ersetzt. Er, der Gesetzgeber, in dessen Auftrag der Fürsorgeverband ja nur handelt, ist derjenige, der vorwegnehmend und generell für alle eintretenden Fälle die Tätigkeit des Fürsorgeverbandes als für einen Anderen, nämlich den Dritten, erfolgend stempelt. [1] Und tatsächlich erscheint dieser Gedanke der contemplatio domini mit aller wünschenswerten Deutlichkeit dadurch zum Ausdruck gebracht, daß das Gesetz — in der FVO in § 21 Abs. I, im UWG im § 61 Abs. II — sozusagen in einem Atemzuge mit der Zubilligung des Ersatzanspruches gegen den Dritten ausdrücklich betont, daß die Verpflichtungen Dritter zum Unterhalt unberührt bleiben, also zum Ausdruck bringt, daß die Leistung des Fürsorgeverbandes (Armenverbandes) nur eine subsidiäre, aushilfsweise, stellvertretende ist.

Verwandt mit dem die mangelnde contemplatio domini rügenden Einwand ist übrigens auch die Annahme Schanze's [2] der eine „Art negotiorum gestio" annimmt, der aber der animus recipiendi fehle. Aber auch hier ist, wie im vorigen Falle, dieser animus recipiendi als im Sinne der gesetzlichen Regelung — ebenfalls wieder wegen des Hinweises auf die weiterbestehende Verpflichtung des Unterhaltsschuldners — liegend zu erachten.

Im übrigen scheint uns die Negierung der contemplatio domini bezw. des animus recipiendi auf einer Verwechslung mit der Frage zu beruhen, in wessen Interesse der Fürsorgeverband handle. Die Tatsache, daß er, einer Amtspflicht nachkommend, auch in eigenem Interesse tätig wird, verleitet leicht dazu contemplacio domini und animus recipiendi zu verneinen. Dem ist aber mit Schäfer [3] entgegen-

---

[1] Man könnte in Modifikation dieses Gedankens auch so konstruieren, daß Geschäftsführer überhaupt der Staat sei, der durch den Fürsorgeverband vertreten wird (ähnlich Sardemann, Armer und Armenverband, Diss. Würzburg 1923, S. 45)

[2] In Arch. f. ziv. Pr. Bd. 69 S. 256.

[3] Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts (Gruchot), Bd. 41 a (Jg. 1897).

zuhalten, daß die Tatsache, daß der Fürsorgeverband (Armenverband) eine gesetzliche Verpflichtung — übrigens nur dem Hilfsbedürftigen gegenüber — erfüllt, weder jenen animus noch die contemplatio ausschließe. [1]

Was den animus recipiendi insbesondere anlangt, so handelt es sich dabei übrigens gar nicht um ein wesentliches Tatbestandsmerkmal der auftragslosen Geschäftsführung, sondern lediglich um einen dem Geschäftsherrn gegebenen Verteidigungseinwand. Der Geschäftsführer hat das Fehlen des animus recipiendi zu beweisen, [2] primär gilt dieser als gegeben, vom Gesetzgeber vermutet. Und der Beweis, daß der Fürsorgeverband ihn, den Unterhaltsverpflichteten, von seiner Unterhaltspflicht schenkungsweise befreien wollte, wird dem verpflichteten Dritten nie gelingen.

Endlich werden animus recipiendi und contemplatio auch dadurch nicht ausgeschlossen, daß dem geschäftsführenden Fürsorgeverband derjenige Unterhaltsverpflichtete, für den und an dessen Stelle er leistet, gar nicht bekannt ist; denn es genügt das Handeln allgemein für denjenigen, „den es angeht". [3]

Bei dem Erfordernis, daß die Geschäftsführung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspreche, handelt es sich ebenfalls nicht um ein Tatbestandsmerkmal der negotiorum gestio. Immerhin rechtfertigt sich auch die Behandlung dieses Punktes an dieser Stelle, weil es sich dabei doch um eine „Voraussetzung" für eine praktische, Erfolg versprechende Konstruktion des Ersatzanspruches auf Grund auftragsloser Geschäftsführung handelt. Wenn nun

---

[1] Anders allerdings RG 14/198. Aber auch dort ist, am Schlusse, zugegeben, daß es denkbar sei, trotz Erfüllung öffentlich-rechtlicher Verpflichtungen den Willen zu haben, einen privatrechtlichen Anspruch zu erwerben. Warum dies gerade für den Fall der Armenfürsorge abgelehnt wird, erscheint nicht näher begründet.

[2] Vgl. Mot. Bd. II, S. 863 und Staud. § 685 Anm. 2 und die dort zitierte Literatur.

[3] Mot. Bd. II S. 856 und Staud. Anm. 2 b zu § 677 und die dort zitierte Literatur.

auch der Unterhaltsverpflichtete vielfach sagen mag, die Tätigkeit des Fürsorgeverbandes habe gar nicht seinem Willen entsprochen, so würde dieser Einwand im Hinblick auf § 679 BGB, da es sich bei den gesetzlichen Unterhaltspflichtigen um Vorschriften im Sinne dieser Bestimmung handelt, weiter keinen Schwierigkeiten unterliegen, wäre nicht der auf den ersten Blick erheblich erscheinende Einwand zu befürchten, daß man sagt:

> Wie ist es mit der Anwendung des § 679 BGB bestellt, wenn der verpflichtete Dritte wegen eigener Leistungsunfähigkeit gem. § 1603 BGB gar nicht unterhaltspflichtig ist? Wenn eine Leistungspflicht des Dritten gar nicht gegeben ist, könne ja die Besorgung eines fremden Geschäfts (nämlich eines Geschäfts des Unterhaltspflichtigen) begrifflich gar nicht mehr in Frage kommen?

Diesen Einwand möchten wir nun dadurch entkräften, daß wir sagen, bei der Regelung des § 1603 BGB handelt es sich nicht um eine wirkliche Beseitigung der Unterhaltsverpflichtung; diese besteht vielmehr dem Grunde nach, rein rechtlich, latent fort, es ist nur ihre tatsächliche Realisierung suspendiert. [1] Die Tatsache aber, daß der Geschäftsführer nur deshalb leistet, weil der Geschäftsherr augenblicklich nicht leisten kann, hat aber auf das begriffliche Vorliegen der negotiorum gestio keinen Einfluß. Also kann auch für diesen Fall auf § 679 BGB verwiesen werden.

Die Hoffnung, mit der Konstruktion des Ersatzanspruches des § 21 FVO als eines Anspruches aus auftragsloser Geschäftsführung zu einem guten Ende zu gelangen, muß aber zunichte werden wegen des letzten Erfordernisses, daß die Besorgung ohne Auftrag oder sonstige Berechtigung dem Geschäftsherrn gegenüber erfolgen muß.

---

[1] Im einzelnen werden wir auf diese Fragen noch weiter unten bei der Betrachtung des Wesens des Unterhaltsanspruches, S. 25 ff. der Arbeit zu sprechen kommen.

Für diesen Punkt ist es nunmehr aber von Bedeutung, daß der Fürsorgeverband in Erfüllung einer Amtspflicht handelt und zwar nicht etwa dem Unterhaltsverpflichteten gegenüber — was ja die Anwendung des § 677 BGB überhaupt ausschließen würde — sondern dem Unterhaltsberechtigten gegenüber. Ein solches Handeln auf Grund Amtspflicht fällt unter die Alternative: „oder ihm gegenüber sonst dazu berechtigt zu sein" des § 677 BGB. Nach dem Entwurf I zum BGB sollte ja gerade maßgebend sein, ob jemand ohne Auftrag und ohne Amtspflicht das Geschäft besorge. Die Erwähnung der Amtspflicht ist dann in der endgültigen Fassung lediglich aus gesetzestechnischen Gesichtspunkten unterblieben.[1] Hieraus ergibt sich nun deutlich, daß die vom Gesetz geforderte Nichtberechtigung durchaus nicht etwa nur auf das Nichtberechtigtsein infolge privatrechtlicher Befugnis zu beschränken ist. Der Grundgedanke der Regelung der auftragslosen Geschäftsführung ist der, daß der Geschäftsführer ohne jedes von außen her auf ihn einwirkende Motiv handeln muß. Dies ist aber schon nicht mehr der Fall, wenn er handelt, um seiner Amtspflicht nachzukommen. In einem solchen Falle ist er dann auch selbstverständlich dem Anderen gegenüber zur Vornahme des Geschäftes berechtigt.

Abschließend ist also zu sagen, daß auch die Konstruktion des Ersatzanspruches des § 21 FVO als eines Anspruches aus Geschäftsführung ohne Auftrag nicht möglich ist.[2]

---

[1] Vgl. Mot. Bd. II, S. 856 ff. und Prot. Bd. II, S. 726 ff.

[2] Aus der historischen Entwicklung des Erstattungsanspruches gegen den Unterhaltsverpflichteten mag hier zum Vergleich interessieren, daß der Anspruch des § 62 UWG ursprünglich für das Gebiet des Allg. Pr. LR. tatsächlich als auf dem Institut der nützlichen Verwendung fussend erachtet wurde. So auch Eger, RUWG S. 332, Flottwell: Armenrecht und Armenpolizei, Leipzig 1866 S. 254; das Kgl. Obertribunal hat aber dann in Bd. 23, S. 297 diese Auffassung verneint.

§ 5

Die Theorie der gesetzlichen Zession.

Allgemeines.

Nach Ablehnung der bisher besprochenen beiden Theorien verbleibt noch, wenn anders nicht der Ersatzanspruch des § 21 RFV überhaupt als „selbständiger Anspruch" angesehen werden soll, nur noch die Theorie der cessio legis.

Diese Frage ist in der Literatur, ihrer nicht nur theoretischen, sondern auch praktischen Bedeutung entsprechend, in sehr umfangreichem Maße behandelt worden, ohne daß man dabei zu einer einheitlichen Ansicht gelangt wäre. Der Streit bestand schon bezüglich des Vorläufers des § 21 FVO, des bekannten § 62 UWG. Während aber unter dem alten Recht die Wage doch bei weitem mehr zugunsten der „Zessionstheoretiker" neigte,[1] die in der Rechtsprechung des Reichsgerichts eine nachdrückliche Stütze fanden,[2] scheinen gegenwärtig bezüglich des § 21 FVO die Bestrebungen, die cessio legis abzulehnen und an ihrer Stelle einen selbständigen, öffentlich-rechtlichen Anspruch zu setzen, bedeutend an Boden zu gewinnen.[3]

---

[1] Für die Zessionstheorie: In der Literatur: Schäfer, Greve, v. Speth-Schülzburg, Hufnagel, Zapp (s. S. 3 d. Arbeit.)

Von den Kommentatoren: Plank Anm. 2 b zu Art. 103 EG BGB und Anm. 5 zu § 1607 BGB; Wohlers-Krech, UWG. S. 274, Baath Anm. I zu § 21 FVO.

Dagegen: Kayser und Liefschütz (s. S. 3 d. Arbeit); ferner Pretsch im Preuss. Verwaltungsbl. Bd. 28 S. 849; Lüttich, das. Bd. 32 S. 237.

Von den Kommentatoren anscheinend: Staudinger BGB Anm. 9 zu § 1613 u. Kom. d. RGR. Anm. 7 zu § 1607, sowie Eger, der neg. gestio annimmt.

[2] so RG. Bd. 2 S. 47; Bd. 19 S. 187; Bd. 72 S. 338; Bd. 74 S. 275; OLG. Hamm im Preuss. Verwaltungsblatt. Bd. 30 S. 237; anders Urt. d. RGer., abgedr. in Bl. f. Rechtspfl. 1908 S. 10, worauf aber dann die RGE in Bd. 74 S. 275 erging, sowie OLG. Hamburg in Seuff. Archiv. Bd. 59 Nr. 3; vergl. ferner Seuff. Arch. Bd. 33. Nr. 306 und Bd. 36 Nr. 88.

[3] bes. Karnop, Josef und Kraegeloh (s. S. 3 d. Arbeit),

Das wichtigste Argument der Anhänger der Zessionstheorie ist die Entstehung des § 62 UWG, auf die auch die zitierte Rechtsprechung des RG. immer wieder verweist.

Die Bestimmung des § 62 UWG ist erst auf Vorschlag der Reichstagskommission in das Gesetz aufgenommen worden. In dem Kommissionsbericht wird zur Begründung des Vorschlages [1] (damals § 56 des Entwurfs, der dann dem § 62 UWG entsprach) ausgeführt:

„§ 56 UWG trifft die dispositive Bestimmung, daß jeder Armenverband, welcher die bundesgesetzliche öffentliche Unterstützung gewährt hat, kraft einer Zession durch Gesetz in diejenigen Rechte des Unterstützten eintritt, vermöge deren der letztere befugt gewesen wäre, die nämliche Leistung von einem aus anderen als den Titeln dieses Gesetzes (zivilrechtlich) Verpflichteten zu fordern. Hiebei folgt aus dem Wesen der Zession, daß das zedierte Recht nur in demselben Umfang und unter denselben Voraussetzungen geltend gemacht werden kann, als es dem Zedenten zusteht". Diese Begründung ist durch die gesetzgebenden Faktoren unwidersprochen geblieben.

Aus dieser Begründung ergibt sich unzweifelhaft, daß der Gesetzgeber den Erstattungsanspruch des Armenverbandes nicht als eine in der Person des letzteren entstandene neue Forderung kraft eigenen Rechts, sondern als eine aus dem Rechte des Unterstützten abgeleitete, durch Zession von dem letzteren auf den Armenverband übergegangene Forderung betrachtet wissen wollte.

Jenen Autoren aber, die dieser Begründung der Gesetzesstelle keinen ausschlaggebenden Wert beimessen wollen, wird man mit Recht Schaefers Worte entgegenhalten, der in dieser Beziehung sagt: „Eine gesetzliche Vorschrift, was rechtens sein soll, ist ebenso wenig wie jeder andere Anspruch, durch den ein Wille kundgegeben wird, ein toter Buchstabe, der — losgelöst von dem Willen seines Urhebers — erst durch einen später hineingelegten Gedanken Leben gewinnt; vielmehr ist das vom Gesetzgeber gesprochene Wort genau

[1] Sten. Ber. Bd. 4 S. 59.

so gut wie jedes andere nur das Mittel zur Wiedergabe eines bereits vorhandenen Gedankens, der, sofern er überhaupt mit der Fassung vereinbar ist, also nicht etwa in derselben einen unvollkommenen Ausdruck gefunden hat, für die Auslegung eines zweifelhaften Wortlautes entscheidend ist. Gewiss, es wird vielfach vorkommen, daß der Wille des Gesetzgebers nicht festgestellt werden kann und daß deshalb aus den gewählten Worten rückwärts geschlossen werden muß, was durch dieselben hat zum Ausdruck gebracht werden sollen. Aber in einem Falle, wie im vorliegenden, in dem der Wille des Gesetzgebers aus der unangefochten gebliebenen Begründung des Gesetzes klar erkennbar ist, wird man dem Zwecke des Gesetzes, dem dadurch zum Ausdruck gebrachten Willen seines Urhebers, nur dann gerecht werden können, wenn man das Gesetz so versteht, wie der Gesetzgeber dasselbe hat verstanden wissen wollen." [1]

Dieses Argument des Willens des Gesetzgebers muß aber logischerweise auch für § 21 FVO dann gelten, wenn dieser mit 62 UWG inhaltsgleich ist, also „Kontinuität" zwischen den beiden Vorschriften gegeben ist. Dies ist bei einem Vergleich der beiden Vorschriften unverkennbar und kommt am besten dadurch zum Ausdruck, daß in beiden Vorschriften Inhalt, Umfang und Voraussetzungen des Ersatzanspruches durch Verweisung auf den Anspruch des Unterstützten gegen den Dritten umschrieben sind, daß also gerade jener Passus

---

[1] Schaefer a. a. O. bringt dann im weiteren Verlauf seiner Abhandlung noch ein weiteres, unserer Ansicht nach bezügl. des § 62 UWG. ebenfalls zutreffendes Argument für die cessio legis, indem er sagt: „Der dem § 62 UWG unmittelbar vorhergehende § 61 bestimmt in seinem ersten Absatz, dass durch das Reichsgesetz Rechte und Verbindlichkeiten nur zwischen den zur Gewährung öffentlicher Unterstützung verpflichteten Verbänden begründet werden. Mit dieser Bestimmung würde der § 62 UWG im Widerspruch stehen, wenn derselbe dahin auszulegen wäre, dass für den Armenverband durch die Unterstützung eines Hilfsbedürftigen ein Ersatzanspruch gegen dritte unterstützungspflichtige Personen entsteht. Alsdann würde der Gesetzgeber durch den § 62 UWG gerade das getan haben, was er in § 61 ausdrücklich ablehnt."

beiden Vorschriften eigen ist, der Gegenstand der anzustellenden Untersuchungen ist. Die Meinung, daß zwischen beiden Vorschriften „Kontinuität" besteht, ist auch heute noch herrschend. [1]

Selbst Karnop, [2] der eifrigste Verfechter der neuen Theorie von der selbständigen, öffentlich-rechtlichen Natur des Ersatzanspruches des § 21 FVO verneint diese Kontinuität nicht und muß deshalb folgerichtig auch die alte Zessionstheorie bezgl. des § 62 UWG angreifen. Kraegeloh [2] dagegen gibt die rechtliche Natur des § 62 UWG als eines Zessionsanspruches zu und muß daher die Kontinuität zwischen beiden Vorschriften bestreiten, indem er davon spricht, daß § 21 FVO das für die Zessionstheorie unerläßliche „Deckungsprinzip" verlassen habe. Allein, diese Meinung ist, wie sich aus den späteren Untersuchungen ergeben wird, [3] unzutreffend.

Die Gegner der Zessionstheorie wollen nun diese dadurch zu Fall bringen, daß sie, in die hauptsächlichsten Punkte zusammengefaßt, folgende Einwendungen machen:

1. Es spreche der Wortlaut des § 62 UWG bezw. des § 21 FVO gegen eine Zession; denn um eine solche zum Ausdruck zu bringen, pflege sich der Gesetzgeber einer ganz bestimmten Terminologie zu bedienen, bie hier nicht vorliege. Nach der für eine gesetzliche Zession üblichen Ausdrucksweise müßte es etwa heißen: „Der Anspruch geht auf den Fürsorgeverband über" oder: „Der Fürsorgeverband tritt in die Rechte des Unterstützen ein."
2. Eine Zession könne schon begrifflich nicht vorliegen, weil der Wortlaut der beiden Gesetzesvorschriften im Präsens

---

[1] Vgl. Muthesius in „Die Fürsorgepflicht". Vorträge, veranstaltet vom Archiv für Wohlfahrtspflege, Berlin 1924, S. 21, Baath RFV, Berlin 1927, Anmerkung I zu § 21 FVO, Urteil des LG Marburg vom 1. Juni 1927. Urt. d. Bad. OLG v. 27. Okt. 1927, abgedr. in Zschr. f. d. Heimatwesen, Bd. 33, Sp. 47.

[2] A. a. O.

[3] S 45 ff. der Arbeit.

aufgebaut sei. § 62 UWG spreche davon, daß der Armenverband Ersatz derjenigen Leistungen verlangen kann, zu deren Gewährung ein Dritter „verpflichtet ist“ und § 21 FVO sage, daß der Fürsorgeverband zum Ersatz jene rechtlichen Ansprüche geltend machen könne, die der Hilfsbedürftige einem Dritten gegenüber „hat“. Die Zession setze aber doch logischerweise das Bestehen eines Anspruchs in der Person des alten Gläubigers voraus, damit der Anspruch überhaupt übergehen könne. Ein solcher Anspruch bestehe aber in der Person des Unterstützten nicht mehr, weil für die Vergangenheit — und diese komme ja bei der Ersatzforderung des Fürsorgeverbandes in Frage — Unterhalt nicht mehr verlangt werden könne.

3. Das Wort „Ersatz“ in den beiden Vorschriften deute auf einen neuen selbständigen Anspruch, eben einen „Ersatzanspruch“ hin. Es handle sich also nicht mehr um einen mit dem Anspruch des Unterstützten wesensgleichen Anspruch. Auch verlange der Fürsorgeverband (Armenverband) Geld und zwar Kapital; dem Unterhaltsberechtigten stünde aber normalerweise nur ein Anspruch auf Naturalverpflegung zu, nur ausnahmsweise Anspruch auf Geld in Form einer Rente.
4. Die Bejahung der cessio legis bringe kaum zu beseitigende Schwierigkeiten im Hinblick auf den im § 1613 BGB ausgesprochenen Satz: in praeteritum non vivitur. Durch diese Bestimmung des § 1613 BGB würde ja der Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes in den weitaus meisten Fällen, da ja Mahnung und Verzugsetzung infolge Dringlichkeit des Falles oder Nichtbekanntseins des Unterstützungspflichtigen nur in den seltensten Fällen getätigt werden, praktisch wertlos sein. Die Zessionstheorie führe deshalb zu keinem brauchbaren Ergebnis.

Allein, so wenig diese auf den ersten Blick erheblich erscheinenden Einwendungen bis jetzt, soviel ersichtlich, zu entkräften versucht worden sind, so sehr glauben wir im folgenden den durchschlagenden Nachweis erbringen zu können, daß sie keineswegs stichhaltig sind. Da aber, wie sich zeigen

wird, alle zusammen „uno actu“ erledigt werden sollen, müssen wir hier folgendes vorausschicken:

Die Autoren, die die aufgeführten Einwendungen bringen, beginnen damit, daß sie den „Anspruch des Unterhaltsberechtigten“, also den sogenannten „Unterhaltsanspruch“, auf den Fürsorgeverband übertragen, indem sie diesen Begriff als einen gegebenen kritiklos hinnehmen und ihn als fixen Ausgangspunkt benützen, um dann festzustellen, daß die Übertragung dieses „Unterhaltsanspruches“ den aufgezählten Schwierigkeiten begegne. Dieses Beginnen trägt nun schon von Anfang an den Grund der Unfruchtbarkeit in sich. Wenn man untersuchen soll, ob ein Anspruch übergeht, also der Anspruch des neuen Gläubigers wesensgleich mit demjenigen des alten Gläubigers ist, dann muß man vorsichtigerweise zuerst feststellen, welcher Art und Natur der Anspruch ist, der übergehen soll.

§ 6

Das Wesen des familienrechtlichen Unterhaltsanspruchs.

Es ergibt sich also die Frage, welches überhaupt das Wesen des „Unterhaltsanspruches“ sei.[1] Schon eine einfache rechtslogische Erwägung sagt uns, daß „Unterhalsanspruch“ nicht bedeuten kann „Anspruch auf Gewährung von Unterhalt,“ denn es ist begrifflich nicht denkbar, daß „Unterhalt“ „gewährt“ wird, wie sich § 1601 BGB ausdrückt. Das Wort „gewähren“ hat allzeit in der Gesetzesprache noch die dingliche Wirkung einer traditio zum Ausdruck bringen sollen.[2] Objekt des „Gewährens“ kann also nur ein konkretes Etwas und nicht ein abstrakter Begriff wie das Wort „Unterhalt“ sein. Und wenn wir uns den Vorgang des „Unterhaltgewährens“

[1] Vergl. hiezu Staud. Vorbemerkungen zu § 1601, Abs. 2 dort.

[2] vgl. hiezu als besonders deutliches Beispiel die Rechtsprechung zu der Bedeutung von „gewähren“ in § 138 BGB Abs. 2.

vergegenwärtigen, so erkennen wir, daß Objekt des „Gewährens“ auch wirkliche konkrete Sachen sind, nämlich Bargeld oder Naturalien. Inhalt und Gegenstand des Anspruches des Unterhaltsberechtigten ist also die Gewährung von Geld oder Naturalien, damit er sich mit ihrer Hilfe selbst den Unterhalt verschaffe, indem er sie zur Erhaltung seiner physischen Existenz benützt. Nur der Unterhaltsberechtigte selbst kann sich „Unterhalt“ gewähren, d. h. ihn sich verschaffen. Man nehme nur beispielsweise an, der Unterhaltsberechtigte verwendet die Geldbeträge oder Sachleistungen, die er vom Unterhaltsverpflichteten erhält, nicht zur Erhaltung seiner Existenz, sondern er verbraucht das ihm Gewährte in verschwenderischer Weise mit seinen Freunden; alsdann verhungert er, weil er für den Rest der Unterhaltsperiode nichts mehr hat. Es sind ihm also wohl die Mittel gewährt worden, um sich damit Unterhalt zu gewähren, aber „Unterhalt“ ist ihm nicht gewährt worden, sonst müßte er ja noch existieren.

Wir dürfen also sagen, daß es sich bei dem Ausdruck „Unterhaltsgewährung“ bezw. — vom Standpunkt des Berechtigten aus gesprochen — „Unterhaltsforderung“ lediglich um eine Breviloquenz handelt.

Die Begriffsbestimmung würde etwa dahin gehen: Unterhaltsanspruch ist der Anspruch des Unterhaltsberechtigten gegen den Unterhaltsverpflichteten, daß ihm Mittel, sei es in Form von Geld, sei es in Form von Sachleistungen, zur Verfügung gestellt („gewährt“) werden, die dazu geeignet und bestimt sind, die physische Existenz des Unterhaltsberechtigten zu erhalten.

Inhalt des Unterhaltsanspruchs — soweit die Rechtsbeziehungen des Berechtigten zum Verpflichteten in Betracht kommen — kann demnach nur ein reines Forderungsrecht sein. Die Unterhaltsansprüche der §§ 1601 ff BGB sind, ihrem Wesen nach, keine eigenartigen, einen selbständigen Typ, darstellenden Ansprüche, sie sind vielmehr bloße, gewöhnliche Forderungsrechte obligatorischen Charakters.

Soweit sich bei den §§ 1601 ff BGB Bestimmungen finden, die Besonderheiten des „Unterhaltsanspruches" aufstellen, handelt es sich nicht um begriffliche Merkmale eines besonderen Typus von Ansprüchen, sondern lediglich um Sonderbestimmungen, die das besondere Verhältnis zwischen Unterhaltsverpflichtetem und Unterhaltberechtigtem in Betracht ziehen und auch nur insoweit gelten. Um eine solche Ausnahmebestimmung handelt es sich insbesondere bei § 1613 BGB, wonach der berechtigte „Erfüllung" (sc. des Unterhaltsanspruches) für die Vergangenheit nicht verlangen kann. Der Anspruch als solcher besteht also, aber die Erfüllung kann der Berechtigte nicht verlangen. Die causa als solche, die Verpflichtung des Verpflichteten aber besteht, wenn auch nur latent. Wir haben hier nichts anders als den Fall einer Naturalobligation. Dem Berechtigten ist lediglich die Möglichkeit genommen, die Erfüllung seines Forderungsrechtes zu erzwingen.[1] Diese Umwandlung eines gewöhnlichen Forderungsrechtes in eine Naturalobligation stellt sich aber lediglich als ein privilegium in favorem des Unterhaltsverpflichteten dar. Und zwar gilt das privilegium nur solange, als dem Verpflichteten der Unterhaltsberechtigte als solcher gegenüber steht. Der tiefere Sinn dieser Bestimmung ist lediglich der, daß der „Unterhaltsanspruch" vom Berechtigten nicht dazu soll benützt werden können, um sich zu bereichern. Lediglich diese negative Wirkung soll diese Bestimmung haben, nicht aber die positive, daß der Verpflichtete befreit werden soll.[2]

---

[1] Wir sind auch der Meinung, daß irrtümlich über die Bestimmung des § 1613 hinaus Gewährtes nicht als sine causa gewährt zurückverlangt werden kann.
[2] Wir stellen uns damit allerdings teilweise in Widerspruch mit der überwiegenden Meinung, die Befreiung des Verpflichteten infolge Unmöglichkeit der Leistung annimmt. Vgl. hiezu Staud. a. a. O. J. Appel, der Ersatzanspruch des Armenverbandes und § 1613 BGB in Hirths Ann. 1908 S. 152 ff; Stein: zu § 1613 BGB in „Recht" 1910 S. 81, sowie die Entscheidung in Seuff. Arch. Bd. 66 S 471.

Ein weiteres ähnliches privilegium in favorem des Verpflichteten ist aber auch die Bestimmung des § 1612 BGB Abs. 1 Satz 2. Auch diese Regelung gilt nur dann und solange — man könnte auch sagen, unter der Bedingung, — daß dem Verpflichteten noch der Unterhaltsberechtigte gegenüber steht.

Zusammenfassend müssen wir also sagen, daß es sich bei den Unterhaltsvorschriften der §§ 1601 ff BGB dem Wesen nach um ganz gewöhnliche Forderungsrechte handelt. In ihrer Gesamtheit d. h. einschließlich ihrer besonderen Modifikationen, erscheinen sie als ein Komplex irregulärer Formen von Forderungsrechten und werden in dieser irregulären Form „Unterhaltsansprüche" genannt. Sie sind Ausnahmeformen, d. h. durch Privilegien modifizierte Forderungsrechte, die in dieser Gestaltung nur erscheinen im Verhältnis des Unterhaltsverpflichteten zum Unterhaltsberechtigten. Wenn sie, die Forderungsrechte, aber von anderer Seite, nämlich von einem Dritten, der sie erworben hat, geltend gemacht werden, dann entfallen alle diese Privilegien, dann erscheinen die Forderungsrechte in ihrer nackten regulären Form. Wenn also dann § 1613 bezw. § 1612 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht mehr Anwendung finden soll, dann entsteht damit durchaus keine Kollision mit den Normen der Unterhaltsvorschriften und es liegt damit durchaus keine Abweichung vom Begriff der Unterhaltsforderung oder ein Defekt der Substanz des Begriffes „Unterhaltsforderung" vor, sondern es entfallen dann lediglich die nur im Hinblick auf das persönliche Verhältnis des Verpflichteten zum bisherige Unterhaltsberechtigten bestehenden Sonderbestimmungen und die Ansprüche heissen alsdann auch nicht mehr „Unterhaltsansprüche", sondern erscheinen wieder schlakenlos als gewöhnliche Ansprüche auf Erfüllung eines bloßen Forderungsrechtes.

Es sei hier erwähnt, daß es das Verdienst Schaefers [1]

[1] a. a. O.

ist, auf diese besondere Natur des Begriffes „Unterhaltsanspruch“ als erster — wenigstens im Zusammenhang mit der Frage des Ersatzanspruchs des Armenverbandes — hingewiesen zu haben. Allein es muß auch gesagt werden, daß er diesen Gedanken, wie wir später sehen werden, nicht konsequent zu Ende geführt, ja sogar unrichtig ausgewertet hat.

Wir kehren nun zur Behandlung der zu widerlegenden Einwände zurück und kommen so zu den folgenden Ergebnissen:

§ 7

Erster Einwand: Die Fassung des § 21 FVO.

Es ist richtig, daß weder § 21 FVO noch § 62 UWG die für die gesetzliche Zession übliche Terminologie aufweisen. Diesem äußerlichen Merkmal kann nun aber, wie wir schon eingangs, bei unseren allgemeinen Betrachtungen, ausgeführt haben, mit Rücksicht auf den tieferen Sinn der Bestimmung, der schon aus ihrer historischen Entwicklung erhellt, keine entscheidende Bedeutung beigelegt werden. Wenn wegen des Wortlautes auf die ähnliche Fassung des jetzigen § 1531 RVO verwiesen wird, der ebenfalls einen selbständigen Anspruch statuiere, muß man dem vor allem entgegenhalten, daß diese Meinung durchaus keine unwidersprochene ist. [1] Ja man hat sogar umgekehrt auf diesem Gebiete die Eigenschaft des § 57 des alten Krankenversicherungsgesetzes als einer cessio legis bestritten, trotz des dortigen Wortlautes: „der Anspruch geht auf den Armenverband über.“ [2]

[1] vgl. Wojda: Ersatzansprüche der Armenverbände in der RVO, Diss. Heidelberg 1923 S. 97.

[2] vgl. Burghartz: Die rechtliche Natur der Ersatzansprüche im Arbeiterversicherungsrecht, Tübingen, 1909 und Rosin: Die rechtliche Natur der Arbeiterversicherungen, Tübingen 1908.

Selbst wenn aber die selbständige, öffentlich-rechtliche Natur des § 1531 zuzugeben ist, dann kann doch § 21 FVO mit ihm um deswillen überhaupt nicht verglichen werden, weil die Voraussetzungen ganz verschiedene sind. Die einschlägigen Bestimmungen der RVO bewegen sich ausschließlich auf öffentlich-rechtlichem Gebiet, sodaß es nicht weiter verwunderlich ist, wenn der Gesetzgeber es ablehnte zur Regelung der dortigen Ersatzansprüche eine im Zivilrecht übliche Ausdrucksweise anzuwenden, dies noch dazu in einer Zeit in der die Frage, ob und inwieweit zivilrechtliche Begriffe und Institute auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts Anwendung finden dürfen, eine äusserst umstrittene und ungeklärte war. [1] In der Fürsorge- bezw. Armengesetzgebung aber ergibt sich deutlich aus der oben vorgetragenen Begründung zu § 62 UWG, daß sich der Gesetzgeber von Anfang an ausschließlich in zivilrechtlichen Gedankengängen bewegte. Aus dieser Verschiedenheit der Grundlagen, auf denen der Ersatzanspruch in der Versicherungsgesetzgebung und jener in der Armengesetzgebung erstand, dürfte sich zur Genüge ergeben, daß man nicht mit Kraegeloh [2] beiden Rechtsentwicklungen ohne weiteres eine parallel laufende „Tendenz zur Verselbständigung des Ersatzanspruches" unterschieben darf. Beim Ersatzanspruch der RVO war, im Hinblick auf die öffentlich-rechtliche Natur der zu übertragenden Ansprüche, für den Gesetzgeber ein Motiv vorhanden, den Ersatzanspruch ausdrücklich n i c h t als cessio legis zu konstruieren, bei dem Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes gegenüber dem Dritten fehlte gerade ein solches Motiv. Und wenn weiterhin Kraegeloh [3] selbst sagt, daß der Grund, warum man in der Sozialversicherung von dem Erstattungsanspruch als einer gesetzlichen Zession abgekommen und zur Verselbständigung des Ersatz-

---

[1] Vgl. Lassar: Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht, Berlin 1921.
[2] A. a. O. S. 23
[3] A. a. O. S. 23

anspruches übergegangen ist, der gewesen sei, daß der Gesetzgeber den Ersatzanspruch des Fürsorgeverbands nicht nur auf die Zeit, für welche gewährte Fürsorgeleistungen gleichzeitig mit einem Anspruch auf Versicherungsleistungen zusammentreffen, beschränkt wissen, sondern ihn positiv dahin erweitert wissen wollte, daß der Fürsorgeverband auch Ersatz aus Rückständen früherer Zeit sowie Leistungen der Sozialversicherung aus späterer Zeit fordern könne, so scheint er uns damit nur selbst seine Beweisführung in einer Weise zu untergraben, die eine Vergleichung des in § 1531 RVO geregelten Ersatzanspruches mit dem in § 21 FVO gegebenen als unfruchtbar erscheinen läßt.

Bei einem Vergleich des Wortlauts des § 62 UWG mit demjenigen des § 21 RFV wird nun als auffällig erscheinen:

Während § 21 FVO zum Ersatz diejenigen Rechtsansprüche gewährt, „die der Hilfsbedürftige einem Dritten gegenüber hat", spricht der § 62 UWG davon, daß der Armenverband befugt sei, Ersatz derjenigen Leistungen zu fordern, „zu deren Gewährung ein Dritter ..... verpflichtet ist." Während also § 21 FVO zur Fixierung des Ersatzanspruches Bezug nimmt auf den Anspruch des Hilfsbedürftigen, nimmt § 62 UWG zur Umschreibung des Ersatzanspruchs Bezug auf die Leistungspflicht, die Schuld des Dritten; während § 21 FVO den Ersatzanspruch vom Standpunkt des Hilfsbedürftigen, ist gleich vom Standpunkt des Gläubigers aus, von der aktiven Seite regelt, wird der Ersatzanspruch des § 62 UWG vom Gesetzgeber vom Standpunkt des Dritten aus, des Schuldners der Leistungen, von der passiven Seite her gesehen. Im § 21 FVO drückt sich der Fürsorgeverband dahin aus, daß er zum Pflichtigen sagt: Ich fordere zum Ersatz meiner Leistungen dasjenige, was der Berechtigte von Dir hätte verlangen können; im § 62 UWG formuliert der Armenverband seinen Anspruch so, daß der zum Pflichtigen sagt: Ich fordere den Ersatz derjenigen Leistungen, die Du, Pflichtiger, dem Berechtigten schuldig gewesen wärest. In § 21 FVO wird also die Forderung

des Unterhaltsberechtigten geltend gemacht, in § 62 UWG wird dem pflichtigen Dritten für seine Schuld ein neuer Gläubiger angewiesen.

Dieser Unterschied darf nicht etwa als nichtssagend übergangen werden, sondern erscheint uns bedeutsame Hinweise zu geben. Wir haben schon oben dargetan, daß nach der Begründung zu § 62 UWG der Gesetzgeber sich offenbar ausschließlich in zivilrechtlichen Gedankengängen bewegt hat. Er hat also bei den Leistungen, „zu deren Gewährung ein Dritter aus anderen, als den durch dieses Gesetz (das UWG) begründeten Titeln verpflichtet ist," offensichtlich nur zivilrechtliche Ansprüche im Auge gehabt. Dies ergibt sich auch aus der Aufzählung verschiedener solcher „anderer Titel" in dem dem § 62 UWG unmittelbar vorangehenden § 61 Abs. 2 UWG. Von diesen zivilrechtlichen Ansprüchen werden aber wiederum dem Gesetzgeber hauptsächlich die familienrechtlichen Unterhaltsansprüche als die praktisch am häufigsten oder doch nächstliegenden Fälle vorgeschwebt haben. Nun ist aber gerade der Satz in praeteritum non vivitur nicht etwa eine neue Errungenschaft des seit 1900 geltenden BGB, sondern auch z. Z. des Entwurfes des UWG bestand in weiten Rechtsgebieten dieser Grundsatz.[1] Im übrigen ließen sich auch sonst bei anderen Unterhaltsverpflichtungen, die beispielsweise auf Dienstverhältnis, Vertrag, Genossenschaft, Stiftungen usw. beruhen mochten, Fälle denken, bei denen in ähnlicher Weise, wie das bei dem Satz in praeteritum non vivitur — nach dem oben zu diesem Satz ausgeführten[2] — der Fall ist, die Geltendmachung oder wenigstens praktische Verwirklichung infolge von in der Person des unterstützungsberechtigten Gläubigers liegenden oder doch nur im Verhältnis zu diesem gegebenen

---

[1] Insbesondere im Gemeinen Preussischen und Sächsischen Recht (§ 1849 Sächs. BGB), vgl. hiezu Staud. zu § 1613 Nr. 1, RGRK zu § 1613, Mot. zum BGB. Bd. IV, S. 705; Windscheid-Kipp, Pandekten § 475,17; Wolff-Kipp, Familienrecht § 97, IX, S. 411.

[2] S. 27 ff der Arbeit.

Umständen mit einem aufschiebenden Hindernis behaftet war.[1]

Wäre nun dem Armenverband zum Ersatz seiner Leistungen der aktive Anspruch des Hilfsbedürftigen gegen den Dritten, so wie er in der Person des Berechtigten dem Dritten gegenüber bestand, zur Verfügung gestellt worden, so hätte der Armenverband zahlreiche Einwendungen zu befürchten gehabt. Dies wollte der Gesetzgeber bewußt vermeiden. Sicherlich nahm er absichtlich und mit vollem Bewusstsein Bezug nicht auf das Gläubigerrecht des Berechtigten, sondern auf die Schuldnerverpflichtung des Dritten, um den Inhalt des Ersatzanspruches aufs bestimmteste erfassen zu können.

So sehr nun diese Fassung des § 62 UWG nach dem eben Ausgeführten ihre guten, beabsichtigten Gründe hatte, so wenig entspricht sie — wenigstens für den oberflächlichen Leser — in ihrer Geschraubtheit den Anforderungen einer gewandten Diktion. Ja, ganz streng genommen könnte man sie vom sprachlichen Standpunkt aus sogar als unrichtig oder doch begrifflich unpräzis bezeichnen. § 62 UWG spricht nämlich davon, daß Ersatz derjenigen Leistungen verlangt werden könne, „zu deren Gewährung ein Dritter verpflichtet ist." Nun ist aber das Wort „Ersatz" nach allgemeinem Sprachgebrauch ein „transitiver" Begriff, d. h. ein Begriff, der unwillkürlich nach einem Objekt ruft, das ersetzt werden soll. Demgemäß pflegt es auch nur in dem Sinne und Zusammenhang gebraucht zu werden, daß man nur vom Ersatz solcher Dinge spricht, die man eingebüßt hat, das man also Ausgaben ersetzt verlangt, also den Ersatz solcher Leistungen verlangt, die man getätigt hat. Man wird normalerweise sagen: „Ich verlange Ersatz dessen, was du dem Soundso schuldig warst." Wenn nun in § 62 UWG Ersatz derjenigen Leistungen verlangt wird, „zu

[1] Man denke nur ganz allgemein an den Fall der Aufrechnung oder einen sonstigen, dilatorischen Einwand des Schuldners, den dieser nur gegenüber dem unterstützungsberechtigten Gläubiger und nur diesem gegenüber hat.

deren Gewährung ein Dritter verpflichtet ist," so wiederspricht der Inhalt des Relativsatzes dem Begriff „Ersatz"; denn als Ersatz wird nach dem Wortlaut Ersatz fremder Leistungen, von Leistungen, die ein Anderer gemacht hat, verlangt, während genau genommen man doch nur Ersatz desjenigen verlangen kann, was man — und zwar im fremden Interesse — ausgelegt hat.

Freilich ist der Sinn der Ausdrucksweise, im ganzen genommen, eindeutig und nicht mißverständlich; ja gerade aus dem Umstande, daß dem Sinne nach die Leistungen „des Anderen" mit den Leistungen, die der Ersatz verlangende Armenverband gemacht hat, stillschweigend gleichgestellt werden, ergibt sich die Wesensgleichheit, Identität, dieser Leistungen. Sprachlich präzis müßte es aber doch heissen: „. . . . . kann Ersatz derjenigen Leistungen verlangen, zu deren Gewährung der Dritte verpflichtet war, und die der Armenverband bewirkt hat."

Sei es nun, daß der Gesetzgeber der FVO an dieser etwas eigenartig erscheinenden Ausdrucksweise Anstoß nahm, sei es, daß er sich schlechthin sagte, daß der Sinn des § 62 UWG in einfacherer, sprachlich besserer Formulierung wiedergegeben werden könne, aus dem einen oder anderen Grund — oder aus beiden, — fand er es jedenfalls zweckmäßig und wünschenswert, im § 21 der neuen FVO den Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes dahin zu umschreiben, daß er ihn mit der vom Gläubiger aus gesehenen, aktiven Form des Forderungsrechtes beinhaltete. So kam es, daß § 21 FVO sich dahin ausdrückt, daß zum Ersatze diejenigen Ansprüche vom Fürsorgeverband geltend gemacht werden können, die der Hilfsbedürftige einem Dritten gegenüber hat. § 21 FVO hat also an Stelle der passiven Formulierung des § 62 UWG lediglich aus redaktionellen Gründen die aktive Formulierung gesetzt. Gerade durch diese aktive Formulierung, die Bezug nimmt auf den Gläubigeranspruch des Unterstützten, der zum Ersatz der durch den Fürsorgeverband gemach-

ten Aufwendungen geltend gemacht werden kann, tritt aber der Zessionsgedanke — äußerlich sprachlich — wiederum besonders in Erscheinung. Dazu kommt, daß die neue Fassung des § 21 FVO aber auch aus dem Gesichtspunkt motiviert sein dürfte, daß ihr der für die seinerzeitige Fassung des § 62 UWG mitmaßgebend gewesene zivilrechtliche Gedankengang des Gesetzgebers nicht mehr entgegenstand. Es hatten sich inzwischen auch öffentlichrechtliche Verhältnisse herausgebildet — man denke nur an die Unterhaltstitel des öffentlichen Versicherungsrechts — die es mit sich brachten, daß dem Gesetzgeber nicht ohne weiteres, wie dem Gesetzgeber des § 62 UWG, l e d i g l i c h rein zivielrechtliche Rechtsverhältnisse als Gegenstand der Regelung vorschwebten, die ihm aus den oben angeführten Gründen,[1] eine auf die schuldnerische Verpflichtung des Dritten abgestellte Formulierung des Ersatzanspruches als zweckmäßig erscheinen lassen.

Es ist also nicht an dem, daß der Wortlaut des § 21 FVO g e g e n die Zession spricht und, zum Unterschied von § 62 UWG, eine Tendenz der Verselbständigung des Ersatzanspruches zum Ausdruck bringt, sondern es ist vielmehr so, daß die neuere Fassung des § 21 FVO einer für das Vorliegen einer Zession sprechenden Ausdruckweise ganz erheblich näher kommt als jene des § 62 UWG.

§ 8

Zweiter Einwand: Die Präsens-Fassung.

Auch der weiters beliebte Einwand gegen die Zessionstheorie, daß die Ausdrucksform des Präsens, sowohl im § 21 FVO, der sagt, daß diejenigen Ansprüche geltend gemacht werden können, die der Hilfsbedürftige h a t, als auch in § 62 UWG, der davon spricht, daß jene Leistungen ersetzt ver-

[1] S 32 der Arbeit

langt werden können, zu deren Gewährung der Dritte verpflichtet ist, mit dem Wesen der Zession begrifflich nicht vereinbar sei, wird unseres Erachtens zu Unrecht gemacht. Dabei sind sich übrigens offensichtlich die verschiedenen Autoren, die diesen Einwand bringen, in der Begründung desselben selbst nicht einig. Während nämlich die einen sagen, daß das Präsens deshalb für die Zessionstheorie nicht passe, weil — wegen des Satzes: in praeteritum non vivitur — der Hilfsbedürftige einen Unterhaltsanspruch für die Vergangenheit ja überhaupt nicht habe, wollen die anderen das Präsens mit der Begründung verwerfen, daß sie darauf verweisen, daß ja der Unterhaltsanspruch des Hilfsbedürftigen gerade durch die Unterstützung des Fürsorgeverbandes untergegangen sei, mangels eines vorhandenen Anspruches also auf den Fürsorgeverband ein solcher nicht mehr übergehen könne.

Es ist richtig, daß man bei der Lektüre der beiden Bestimmungen ohne weiteres in die Versuchung gerät, bei § 62 UWG an Stelle der Worte „verpflichtet ist" zu lesen: „verpflichtet gewesen wäre" und bei § 21 FVO an Stelle der Worte „die Rechtsansprüche, die der Hilfsbedürftige . . hat" zu lesen: „gehabt hat." Allein diese Empfindung ist falsch. Sie kann nur dann entstehen, wenn man als maßgebenden Zeitpunkt jenen der Geltendmachung des Ersatzanspruches durch den Fürsorgeverband (Armenverband) ansieht. Dies ist aber unrichtig. Der Maßgebende Zeitpunkt, von dem aus der Gesetzgeber spricht, ist natürlich der Zeitpunkt des Überganges der Forderung und diese geht eo ipso, wie das ja im Wesen der cessio legis liegt, über im Zeitpunkt der Gewährung der Unterstützung durch den Fürsorgeverband (Armenverband). Die Harmlosigkeit der präsentischen Ausdrucksweise wird augenscheinlich, wenn wir — und nach den Ergebnissen der bisherigen Untersuchungen dürfen wir dies unbedenklich tun — an Stelle der Ausdrucksweise: „kann zum Ersatz geltend machen" bezw. an Stelle der Worte: „ist befugt Ersatz zu fordern" die für die Zession übliche

und von den Zessionsgegnern so sehr gewünschten Ausdrucksweise: „der Anspruch, ... geht über“ setzen. Als dann ergibt sich ohne weiteres, daß die Anwendung des Präsens im Relativsatz die einzige und allein mögliche und richtige sein kann, weil es undenkbar wäre, zu sagen: es geht der Anspruch über, den der Hilfsbedürftige „gehabt hat“. Gerade aus diesem Gedankengange heraus, d. h. weil ihm sachlich eine cessio legis vorgeschwebt hat, scheint uns der Gesetzgeber mit vollem Bewustsein das Präsens gewählt zu haben. Also auch dieses viel befehdete Präsens spricht geradezu für das Vorliegen einer cessio legis.

Jenen aber, die am Präsens wegen des Satzes: in praeteritum non vivitur Anstoß nehmen, dürfen die Ausführungen die wir oben [1] bezügl. des § 1613 BGB gemacht haben, entgegengehalten werden, wonach es falsch ist zu sagen, daß für die Vergangenheit ein Unterhaltsanspruch nicht gegeben sei. Der Anspruch als solcher besteht durchaus, lediglich die Möglichkeit seiner Geltendmachung durch den Unterhaltsberechtigten ist diesem genommen.

§ 9

Dritter Einwand: Die Ausdrucksweise: „Ersatz“.

Die Argumentation der Zessionsgegner mit dem Worte Ersatz muß ebenfalls als unzutreffend bezeichnet werden. Wenn § 21 FVO sagt, daß zum Ersatze Rechtsansprüche geltend gemacht werden können, so sehen wir uns entgegen Karnop [2] nicht genötigt, aus dieser Formulierung herauszulesen, daß dem

---

[1] S. 27 der Arbeit.

[2] A. a. O. Sp. 634; dieser und die anderen Autoren, die mit diesem Argumente operieren, lesen offenbar diesen Passus falsch. Sie betonen, wie aus dem gesperrten Druck des Wortes Ersatz in ihren Ausführungen ersichtlich, dieses Wort „Ersatz“. Wenn aber bei diesem Passus überhaupt etwas zu betonen ist, so ist es das Wörtchen „zum“.

Fürsorgeverband lediglich ein „Ersatzanspruch“ im Sinne von Anspruch auf Leistung eines Surrogates, und zwar in Form von Geld, zugestanden sein soll. Es ist doch durchaus begrifflich denkbar, daß man zum Ersatze von irgendwelchen Auslagen beispielsweise Dienstleistungen eines Dritten, die dieser demjenigen, den man befriedigt hat, hätte gewähren müssen, verlangen kann. Es ist also keineswegs notwendig, daß ein derartiger „Ersatzanspruch“ immer auf Geld gehen muß. So ist denn auch nach dem klaren Wortlaut des § 21 FVO Inhalt des „Ersatzanspruches“ ausdrücklich der Rechtsanspruch, den der Hilfsbedürftige dem Dritten gegenüber hat und lediglich von der Art dieses Anspruches hängt es ab, ob der Fürsorgeverband Geld verlangen kann oder auf Leistungen anderer Art z. B. Naturalien verwiesen ist. Es liegt also ohne Zweifel Identität des Anspruches des Fürsorgeverbandes mit jenem des Unterstützten gegen den Dritten vor, so daß gerade dadurch wiederum die cessio legis bestätigt erscheint.

Wie wenig aus den Worten „zum Ersatz“ ein Schluß gegen die Zession gezogen werden kann, zeigt sich darin, daß die beiden Worte ohne weiteres weggelassen werden könnten, ohne dem § 21 FVO in seinem Sinne, seiner juristischen Konstruktion und seinem äußeren Aufbau zu schaden. Wenn sie trotzdem in den Text der Bestimmung aufgenommen worden sind, so ist das nur in anderer Richtung ein bedeutsamer Hinweis:

Wir finden das Wort Ersatz auch im Texte des alten § 62 UWG. Dort heißt es aber nicht: zum Ersatze, sondern die Formulierung ist dort so, daß der Armenverband befugt sein solle, „Ersatz zu verlangen.“

Wenn nun auch diese Ausdrucksweise jener Argumentation der Zessionsgegner, die aus ihr einen selbständigen Ersatzanspruch herleiten wollen, in diesem Falle näher kommt, so kann ihnen doch auch für den Fall des § 62 UWG aus sachlichen Gesichtspunkten nicht rechtgegeben werden. Denn als Objekt dieses „Ersatzes“ ist ja in § 62 UWG, abweichend

von § 21 FVO, — passiv — die Leistungspflicht des Dritten in Bezug genommen. Es kommt also auch hier wieder mit aller Deutlichkeit zum Ausdruck, daß eben der Anspruch des Unterstützten gegen den Dritten den Inhalt des Ersatzanspruches des Armenverbandes ausmachen soll. Es liegt auch hier Indendität der beiden Ansprüche vor. Nun haben wir aber schon oben [1] dargelegt, daß und warum der Gesetzgeber die Ausdrucksweise des § 62 UWG, die — passiv — auf die Leistungspflicht des Dritten Bezug nimmt, im § 21 FVO in aktiver Formulierung durch Bezugnahme auf das Forderungsrecht des Unterstützten gegen den Dritten ersetzt hat. Diese Änderung des Wortlautes wirkte sich notwendigerweise dahin aus, daß in § 21 FVO nicht mehr von „Ersatz" schlechthin gesprochen werden konnte. Wenn nun der Gesetzgeber trotzdem in den Text des § 21 FVO die — an sich nicht notwendigen — Worte „zum Ersatz" aufgenommen hat, so ist das der deutlichste Beweis dafür, daß er bestrebt war sich in der denkbar engsten Weise bei der Fassung des § 21 FVO an den Wortlaut des alten § 62 UWG anzulehnen. Diese Feststellung bestätigt so recht die Richtigkeit unser Ansicht, daß es sich bei § 21 FVO lediglich um eine „Übersetzung des alten § 62 UWG in ein besseres Deutsch," also lediglich um eine rein redaktionelle Neufassung handelt.

Wenn wir oben gesagt haben, daß die Worte „zum Ersatz" in § 21 FVO für die juristische Natur und den sprachlichen Aufbau dieser Bestimmung gar nicht unbedingt vorhanden sein müßten, so sei doch an dieser Stelle erwähnt, daß sie, in anderer Richtung, nicht bedeutungslos sind. Es kommt durch sie nämlich, schon aus sprachlichen Erwägungen heraus, zum Ausdruck, daß Ersatz der Leistungen des Fürsorgeverbandes nur höchstens insoweit verlangt werden kann, als eben der Fürsorgeverband tatsächlich Leistungen gewährt hat. Denn würden vom Fürsorgeverband weitere Ansprüche gegen den Dritten geltend gemacht werden, die seine, des Fürsorgever-

[1] S. 31 — 32 der Arbeit.

bandes, Leistungen an den Unterstützten übersteigen, so kann man begrifflich, da ja der Fürsorgeverband in Höhe seiner tatsächlichen Aufwendungen schon befriedigt ist, nicht mehr sagen, daß er dieses Übermaß „zum Ersatz" beanspruche.

§ 10

Vierter Einwand: In praeteritum non vivitur.

Nach den bisherigen Ergebnissen der Untersuchungen, die wir in Ansehung des Wortlauts [1] der §§ 21 FVO und 62 UWG und bezüglich der familienrechtlichen Unterhaltsbestimmungen [2] angestellt haben, kann der Grundsatz in praeteritum non vivitur (§ 1613 BGB) für die Annahme der Zessionstheorie nicht mehr hinderlich sein. Nach den angezogenen Ausführungen handelt es sich bei der Bestimmung des § 1613 BGB um eine Ausnahmevorschrift. Dem unterstützungspflichtigen Verwandten ist nur Ansehung des unterhaltsberechtigten Gläubigers eine Einrede gewährt. Zum wesentlichen Begriffsmerkmal des Unterhaltsanspruches gehört die Tatsache, daß er nicht für die Vergangenheit gewährt werden könne, n i c h t. Das Wesen des Unterhaltsanspruches ist vielmehr ein gewöhnliches Forderungsrecht. Bei Übergang dieses Forderungsrechts auf den Fürsorgeverband entfällt das Privileg des § 1613 BGB eo ipso, es tritt bei diesem Übergang das nackte Forderungsrecht aus dem nur in Ansehung der Person des unterhaltsberechtigten Verwandten gegebenen Gewande heraus. § 1613 BGB ist der irreguläre Zustand, nach dem Übergang ist der reguläre Zustand des „Unterhaltsanspruches", ist gleich eines gewöhnlichen Forderungsrechtes, wieder gegeben. § 1613 BGB i s t e i n e A u s n a h m e -

---

[1] S. 28 der Arbeit ff
[2] S 25 der Arbeit ff.

vorschrift, die als solche einer Ausdehnung und analogen Anwendung nicht fähig ist.[1]

Aus dieser Auffassung folgt zugleich weiter, daß der Dritte nicht etwa mit dem Satz sich verteidigen kann, daß der Übergang des „Unterhaltsanspruches" nicht zu seinem Nachteil geltend gemacht werden dürfe, denn der Dritte kann sich selbstverständlich nicht auf die irreguläre Ausnahmeform das dem Unterhaltsanspruch zu Grunde liegenden Forderungsrech-

[1] Zu dem gleichen Ergebnis, jedoch aus ganz anderen Gründen, kommt ja auch die bekannte Entscheidung des OLG Kiel v. 7. Juli 1911, in Seuff. Arch. Bd. 66 S. 471. Dort ist argumentiert: Nach dem Tatbestand des § 62 UWG bewirke ja gerade die in der Vergangenheit liegende Unterhaltsgewährung des Armenverbandes erst den Übergang des Anspruches. Nun sei es aber logisch unmöglich, daß „dieselbe Tatsache, welche das Klagsfundament bilde, zugleich die Klage zu Fall bringen könne, vielmehr ergebe sich aus dem Sinn und Zweck des § 62 UWG, daß der Einwand in praeteritum non vivitur hier nicht gebracht werden könne."

Unsere dargelegte Begründung für die Nichtanwendbarkeit des § 1613 steht nun aber mit der des OLG Kiel durchaus nicht in Widerspruch. Im Gegenteil, die Ansichten ergänzen sich. Das OLG Kiel ist nämlich lediglich aus den angedeuteten rein rechtslogischen Erwägungen heraus zu dem Ergebnis gelangt, daß § 1613 BGB keine Anwendung finden könne. Zu der Frage aber, welcher rechtlichen Natur § 62 UWG sei, hat es keine Stellung genommen. Es hat lediglich, am Schlusse seiner Ausführungen, etwas vorsichtig hinzugesetzt: „So führen zwingende Gründe zu dem Schluße, daß, mag auch im übrigen der Anspruch des Armenverbandes auf gesetzlicher Zession beruhen, doch die Berufung auf § 1613 BGB dem Unterhaltspflichtigen versagt ist."

Für uns aber handelt es sich gegenwärtig darum, wie das Problem zu lösen sei, wenn wirklich eine gesetzliche Zession gegeben ist. Unsere Darlegungen stehen der Entscheidung des OLG durchaus nicht entgegen, sondern können sie höchstens ergänzen.

Es soll dies deshalb ausdrücklich betont sein, weil gerade Karnop a. a. O. diese Entscheidung des OLG Kiel falsch auswertet, indem er sagt, die rechtslogischen Erwägungen in dieser Entscheidung seien ein Argument dafür, daß keine gesetzliche Zession vorliegen könne. Diese Frage aber wollte das OLG Kiel in keiner Weise ventilieren, ja es hat sogar, trotz seiner rechtslogischen Erwägungen, wie aus dem angeführten Schlusspassus zu entnehmen ist, diese Tatsache als möglich und sogar wahrscheinlich unterstellt.

tes berufen. Der Wegfall der Vergünstigung des in praeteritum non vivitur ist für den Dritten nicht ein „damnum emergens," sondern nur ein lucrum cessans, es kommt lediglich nur ein „Plus," auf das der Dritte an sich keinen Anspruch hat, in Wegfall, nicht aber erleidet der Dritte durch diesen Wegfall ein wirkliches „positives Minus".

Mit diesen Ausführungen ist aber auch zugleich die Lösung des Problems des § 1612 Abs. I BGB gegeben, nämlich ob der Fürsorgeverband berechtigt ist an Stelle der Naturalien, mit deren Leistung der unterhaltspflichtige Dritte seiner Unterhaltspflichtung gerecht werden könnte, ohne weiteres Geld zu verlangen. Gem. § 1612 Abs. I BGB ist der Unterhalt grundsätzlich in Geldform zu gewähren. Nur bei Vorliegen besonderer Gründe kann der Verpflichtete verlangen, daß ihm die Gewährung des Unterhalts in anderer Art gestattet werde. Auch bei diesem Abs. I Satz 2 des § 1612 BGB handelt es sich lediglich um ein ausnahmsweises Privilegium in favorem des Unterhaltspflichtigen, auf das sich dieser nur berufen kann, wenn und solange ihm noch der unterhaltsberechtigte Verwandte als Gläubiger gegenüber steht. Nach dem Übergang auf den Fürsorgeverband liegen aber solche besondere Gründe, die zum Verlangen der Gestattung der „Unterhaltsgewährung" in anderer Form als in Geld berechtigten würden, nicht mehr vor. Dies ergibt sich ja schon daraus, daß eben nach dem Übergang auf den Fürsorgeverband von einer „Unterhaltsgewährung" schon begrifflich nicht mehr gesprochen werden kann. „Unterhaltsanspruch" ist ja nur die Bezeichnung des Forderungsrechtes, solange es in den Händen des „Unterhaltsberechtigten" liegt. Eine Verzugsetzung des unterhaltspflichtigen Dritten durch den Fürsorgeverband oder schon durch den Berechtigten ist also zur Geltendmachung des Ersatzanspruchs des Fürsorgeverbandes in Geldform nicht erforderlich.

An dieser Stelle sei, nachdem wir nun eine haltbare

Lösung der Streitfragen der §§ 1613 und 1612 BGB gebracht zu haben glauben, nochmals auf Schaefer [1] zurückgekommen, der das Problem des § 1613 BGB damit lösen will, daß er sagt, die Geldforderung des Armenverbandes ohne Verzugsetzung sei aus dem Gesichtspunkte des Schadensersatzes gerechtfertigt. Diese Schadenersatzpflicht lasse sich ohne weiteres in jenen Ländern leicht konstruieren, in denen eine Erstattungspflicht des Unterstützten gegenüber dem Armenverbande bestehe. [2] Denn: der Dritte sei verpflichtet dem Unterhaltsberechtigten den Schaden zu ersetzen, der diesem dadurch erwachsen sei, daß er, der Dritte. nicht für ihn gesorgt habe, sodaß der Unterhaltsberechtigte den Armenverband in Anspruch zu nehmen genötigt war. Dieser dem Unterhaltsberechtigten entstandene Schaden sei eben seine Verpflichtung zur Erstattung des Empfangenen.

Diese Konstruktion, die, für die Zeit vor 1900, überhaupt nur für einen räumlich beschränkten Kreis [3] in Betracht kommen konnte, ist abgesehen hievon insbesondere um deswillen abzulehnen, weil nach dem Wortlaut des § 62 UWG sowohl als nach dem des § 21 FVO der übergehende Anspruch unzweifelhaft das Unterhaltsforderungsrecht selbst, nicht aber ein an dessen Stelle getretener Schadensersatzanspruch sein soll. Dies ergibt sich aus den Worten: „in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen wie der Hilfsbedürftige selbst", denn diese Worte hätten bei Annahme eines Schadenersatzanspruches keine Bedeutung, da ja dieser ein neuer selbständiger Anspruch, eben ein Schadenersatzanspruch [4] sein müßte. Außerdem aber dürfte diese Schäfersche Konstruktion

---

[1] a. a. O.

[2] Schaefer spricht für die Verhältnisse unter der Herrschaft des UWG.

[3] Nämlich für jene Länder, in denen ein Ersatzanspruch des Armenverbands gegen den Unterstützten bestand, eine Frage übrigens, die allzeit höchst ungeklärt war. S. hiezu Greve u. v. Speth a. a. O.

[4] Dessen Entstehung seinerseits allerdings wieder von jenem Maße und jenen Voraussetzungen abhängig wäre.

in der Praxis schon deshalb versagen, weil ja, nachdem dieser Schadensersatzanspruch schon vor dem Übergang, also schon in der Person des Unterhaltsberechtigten entstanden sein müßte, dieser seinerseits den unterhaltspflichtigen Dritten überhaupt erst in Verzug setzen müßte, um einen Schadensersatzanspruch zu bekommen. Nach der Erfahrung des praktischen Lebens wird aber dies in den weitaus meisten Fällen nicht der Fall sein.

Nun könnte aber unserer Theorie mit Rücksicht darauf, daß wir behaupten, § 1613 BGB und auch § 1612 Abs. 1 Satz 2 BGB könne beim Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes keine Anwendung finden, die Frage entgegengehalten werden, welche Bedeutung die Worte „in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen wie der Hilfsbedürftige selbst" noch haben sollten, nach dem wir die in diesen beiden Bestimmungen gegebenen Voraussetzungen als für den Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes schon von vorneherein nicht in Betracht kommend bezeichnen.

Demgegenüber sei darauf verwiesen, daß die in den fraglichen Bestimmungen erforderten „Voraussetzungen" nicht die einzigen Voraussetzungen des Unterhaltsanspruches sind. Wir finden solche Voraussetzungen noch in den §§ 1602 Abs. I und 1603 Abs. I. Und zwar sind das wirkliche, echte Voraussetzungen des Unterhaltsanspruches, die zum Begriff des Unterhaltsanspruches, also auch zum Wesen des ihm zu Grunde liegenden Unterhaltsforderungsrechtes gehören und daher mit ihm übergehen. Gerade von diesen Voraussetzungen wollen wir die „Voraussetzungen" der §§ 1613 und 1612 Abs. I Satz 2 BGB als unechte Voraussetzungen, als dem Unterhaltspflichtigen lediglich in Ansehung des und gegenüber dem unterhaltsberechtigten Verwandten gegebene Privilegien, die nicht zum Wesen des dem Unterhaltsanspruch zu Grunde liegenden Forderungsrechtes gehören, unterschieden wissen.

Diese Auffassung wird durch die oben aufgezeigte Entstehung des Wortlauts des § 21 FVO bestätigt: In § 62 UWG

war der Ersatzanspruch des Armenverbandes beinhaltet durch die Schuldnerverpflichtung des Dritten, wodurch nach unseren obigen Ausführungen [1] gerade jene Privilegien als nicht in Betracht kommend ausgeschaltet sein sollten, die lediglich in Ansehung des der Schuldnerverpflichtung gegenüberstehenden berechtigten Verwandten gegebenen sind. Durch diese Bezugnahme auf die Schuldnerverpflichtung des Dritten wird also der Inhalt der Worte „in demselben Maße und unter denselben Voraussetzungen" zwangsläufig beschränkt auf die noch übrigen — echten — Voraussetzungen des Unterhaltsanspruches.

Dadurch aber, daß nun im § 21 FVO an die Stelle der passiven Fassung des Ersatzanspruches — aus, wie wir ebenfalls oben [2] ausgeführt haben, rein redaktionellen Gründen — die aktive Fassung der Bezugnahme auf das Forderungsrecht des Unterhaltsberechtigten gesetzt wurde, sollte der Passus „in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen" keine Erweiterung seines Inhalts erfahren; er hat vielmehr noch den gleichen Umfang und Inhalt wie im alten § 62 UWG.

§ 11.

Die Probe auf die Zessionstheorie: Das Wesen der Zession.

Der Inhalt des § 21 FVO ist aber auch mit dem Wesen der Zession durchaus vereinbar. Freilich ist es richtig, als fundamentalste Voraussetzung für das Vorliegen einer Zession mit Karnop zu verlangen, daß die Forderung mit all ihren Vorzügen und Mängeln auf den Zessionar übergehe. Dies dürfte aber auch hinreichend zum Ausdruck gebracht sein durch die Worte „in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen", deren Bedeutung wir ja hinlänglich dargetan ha-

---

[1] S. 32—33 der Arbeit.

[2] S. 39 der Arbeit.

ben. Nicht berechtigt ist aber die Ansicht, daß sich die übergehende Forderung unter allen Umständen hinsichtlich ihres Umfanges mit der Forderung des alten Gläubigers decken müsse. Karnop nimmt hieran Anstoß, indem er sagt: In dem Falle, daß ein Kind vermögender Eltern, das nach §§ 1601 ff BGB einen verhältnismäsig hohen Anspruch auf (standesgemäßen) Unterhalt habe, als hilfsbedürftig unterstützt worden sei, müßte der Fürsorgeverband bei Annahme einer gesetzlichen Zession gleichfalls berechtigt sein, diesen verhältnismäßig hohen Unterhaltsanspruch von den unterhaltspflichtigen Eltern zu fordern; dem stehe aber die Bestimmung des § 22 FVO entgegen, wonach der Fürsorgeverband berechtigt sei, Ersatz seiner Aufwendung im Rahmen des notdürftigen Unterhalts zu fordern. Es fehle also an einer Übereinstimmnng und an der Idendität der beiden Ansprüche. Es ist nun doch sehr wohl denkbar und auch mit dem Wesen der Zession vereinbar, daß die übergehende Forderung in ihrem Umfang hinter der Forderung des alten Gläubigers zurückbleibt, daß sie eben nur teilweise übergeht, nämlich in der Höhe, in der der neue Gläubiger sich für den alten verwandt hat. Da die kleinere Forderung immer in der größeren Forderung enthalten ist, tut ein derartiger Teil übergang dem Erfordernis der Identität keinen Abbruch.

Identität, Inhalt und Umfang der Forderungen sind keine gleichzusetzenden Begriffe. Der Umfang der Forderung hat mit der Identität nichts zu tun. Mit dem Erfordernis der Identität ist lediglich gesagt, daß die übergegangene Forderung ihrem Rechtsgrund nach mit der Forderung des alten Gläubigers gleich sein muß. Sie muß die gleiche rechtliche Entstehung und rechtliche Natur wie die alte Forderung haben. Die cessio legis unterscheidet sich doch letzten Endes von der einfachen vertraglichen Zession nur dadurch, daß der Willensakt der Parteien, durch den der Übergang bewirkt wird, durch den Willen des Gesetzes ersetzt wird. Nun ist es aber doch nichts ungewöhnliches und nirgends beanstandet, wenn bei

der vertraglichen Zession der Zedent nur einen Teil der Forderung überträgt. Ja, für die cessio legis selbst haben wir diesen Fall statuiert im Ablösungsrecht des § 286 BGB, wo der Anspruch des alten Gläubigers auch nur in Höhe der Aufwendungen des neuen Gläubigers auf diesen übergeht. Und selbst die übergangene Forderung kann der neue Gläubiger dann nicht ganz geltend machen, wenn dadurch der alte Gläubiger in seinem Rechte beeinträchtigt würde.

Genau so verhält es sich bei § 21 FVO. Der „Unterhaltsanspruch" des Unterstützten geht nur in der Höhe auf den Fürsorgeverband über, als dieser den Hilfsbedürftigen tatsächlich unterstützt hat, dies allerdings auch nur insoweit, als diese tatsächliche Unterstützung im Rahmen der FVO liegt. Dieser Rahmen wird gegeben durch die Bestimmungen der §§ 5 und 6 der RGr. S. Was von der Leistung des Fürsorgeverbandes eventuell über den notwendigen Unterhalt hinausginge, wäre nicht ersatzfähig. Dies ergibt sich aus den Worten „zum Ersatz" [1] im Zusammenhalt mit dem Relativsatz: „Die Fürsorgeverbände, die auf Grund dieser Verordnung unterstützt haben."

Die oberste Grenze des Ersatzanspruches des § 21 FVO ist also der notwendige Unterhalt nach näherer Maßgabe der §§ 5 und 6 der RGrS. Die unterste Grenze dieses Ersatzanspruches ist die in § 1603 Abs. I BGB umrissene Unterhaltspflicht des unterhaltspflichtigen Verwandten, der nur insoweit unterstützungs- also auch ersatzpflichtig ist, als dadurch sein eigener standesgemäßer Unterhalt nicht gefährdet wird.

Diese oberste und unterste Grenze des § 21 FVO wird nun kraft positiver gesetzlicher Vorschrift ausnahmsweise in § 22 FVO für den Fall des Ersatzanspruches des Fürsorgeverbandes gegen die Kinder der Unterhaltspflichtigen nach unten verschoben. Soweit die oberste Grenze infolge Be-

[1] vgl. S. 39 der Arbeit.

schränkung des Ersatzanspruches auf den notdürftigen Unterhalt hinter dem Umfang des Unterhaltsanspruches des Unterstützten gegen seine Verwandten zurückbleibt, stünde das — nach dem Grundsatz, daß das maius immer auch das minus enthält — einer auch in Ansehung des § 22 FVO anzunehmenden cessio legis und damit dem Erfordernis der Identität der Forderung nicht entgegen. Die Tatsache dagegen, daß § 22 FVO einen Ersatzanspruch gewährt, der über den Umfang des Unterhaltsanspruches der §§ 1601 ff BGB dadurch hinausgeht, daß der Verwandte auch dann zum Ersatz verpflichtet sein soll, wenn dadurch sein standesgemäßer Unterhalt beeinträchtigt wird, mag für die Annahme einer cessio legis bei § 22 FVO Schwierigkeiten bereiten, es müßte denn sein, daß man sich der Ansicht anschließt, daß selbst durch eine derartige Erweiterung des Forderungsrechtes des alten Gläubigers in der Person des neuen Gläubigers das Wesen der Zession nicht verletzt wird, nachdem dabei nicht so sehr Rechtsgrund und Rechtsnatur des alten Forderungsrechtes als vielmehr lediglich sein Umfang — durch weitere Einschränkung der Worte: „in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen" — berührt werden.

Aber mag dem bezüglich des § 22 FVO, der als solcher hier nicht zur Untersuchung steht, sein wie ihm wolle, zu dem Schlusse scheint uns § 22 FVO jedenfalls zu berechtigen: Gerade daraus, daß der Gesetzgeber den Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes für einen einzelnen Fall, nämlich für den Fall des § 22 FVO, abweichend von dem in § 21 FVO gegebenen Ersatzanspruch, durch eine positive Ausnahmevorschrift regelt, folgt, daß er in § 21 FVO eine cessio legis gegeben wissen wollte. Denn wäre § 22 FVO nicht überflüssig, wenn der Ersatzanspruch ein selbständiger, öffentlichrechtlicher wäre, bei dem nach Karnop [1] noch dazu die Worte: „in dem Maße und unter denselben Voraussetzungen" keinerlei Bedeutung hätten, so daß also derErsatzanspruch des

[1] S. 25—26 a. a. O.

§ 21 FVO von den Regeln der §§ 1601 ff BGB vollständig unabhängig wäre? In diesem Falle wäre nicht einzusehen, wieso der Gesetzgeber hätte Veranlassung nehmen sollen, durch die besondere Vorschrift des § 22 FVO zu betonen, daß für den Fall der Inanspruchnahme der Kinder des Unterstützten durch den Fürsorgeverband über die Beschränkung des § 1603 Abs. I hinausgegangen werden dürfe!

Wir sind also der Meinung, daß gerade der § 22 FVO, den Karnop so „systemstörend" empfindet, im Gegenteil ein ganz bedeutsames Argument für die Richtigkeit der Ansicht ist, daß der Ersatzanspruch des § 21 FVO als auf cessio legis beruhend anzusehen ist.

§ 12.

Die Theorie des „öffentlich-rechtlichen Anspruches".

Es sei anschließend noch kurz zur Theorie des selbständigen, öffentlich-rechtlichen Anspruches Stellung genommen. Karnop gründet diese seine Ansicht auf die Ausführungen Lassars [1], indem er von dessen Definition ausgeht, daß öffentlich alle diejenigen Rechtsverhältnisse seien, „bei denen nach dem Urteil der Rechtsquelle das öffentliche Interesse der Rechtsgemeinschaft in überwiegendem Umfang gegeben ist." In Verfolg dieses Satzes, den er zum Ausgangspunkt seiner Argumentation macht, sagt Karnop: [2] Daß aber die Fürsorge- oder Armenverbände als juristische Personen des öffentlichen Rechts und als Träger der Fürsorgelasten öffentliche Interessen der Allgemeinheit zu befriedigen berufen

[1] Der Erstattungsanspruch im Verwaltungs- und Finanzrecht (Berlin 1921) S. 1. Die Definition stammt übrigens von Triepel: Der Konviktorienbeitrag der Landschaft Niederdithmarschen (Berliner Festschrift von Brunner, S. 523, ff).

[2] S. 37 seiner Arbeit.

sind und die sich hieran knüpfenden Beziehungen daher allein publizistischen Charakter zu tragen vermögen, kann keinem Zweifel unterworfen sein."

Diese Argumentation Karnops birgt den Kern ihrer Unrichtigkeit schon in der Voranstellung der Triepelschen Definition, erscheint aber auch in der viel zu allgemein gezogenen Schlußfolgerung nicht fehlerfrei.

Jellinek hat in seinem grundlegenden Werk über das System der subjektiven öffentlichen Rechte — und hierauf baut ja auch Lassar auf — einerseits die Unrichtigkeit der Theorie dargetan, daß vermögensrechtliche Angelegenheiten ihrer Natur nach privates Recht seien, hat aber weiterhin auch dargetan, [1] daß ebensowenig jene Theorie befriedigen könne, die besagt, daß ein öffentlich-rechtliches Verhältnis immer dann gegeben sei, wenn es sich um den Ausfluß staatlicher Machtstellung gegenüber dem Subjizierten handelt. Denn auch im letzteren Falle muß immer noch berücksichtigt werden, daß der Staat selbst — und das gleiche gilt sinngemäß von den öffentlich-rechtlichen Verbänden des Staatsorganismusses — als Individuum doppelt qualifiziert ist, daß er insbesondere sich auf die Rolle eines Privatrechtssubjektes beschränken könne und und so dem Subjizierten als ihm gleichartiger Träger von Privatrechten gegenüber treten könne.

Nur für die Basis dieser engeren Problemstellung gilt also jener Satz Triepels. Unberührt von ihm bleibt aber der Fall, daß der Staat bezw. der öffentlich-rechtliche Verband schon von vorneherein überhaupt nur als Privater auftritt. Und diese Frage, ob das nicht der Fall sei, ist beim Ersatzanspruch des § 21 FVO vor allem zu stellen. Karnop hat sie jedenfalls übersprungen, wenn er in aller Kürze schlußfolgert, daß deshalb weil die Fürsorgeverbände als juristische Person des öffentlichen Rechts und als Träger der Fürsorgelasten öffentliche Interessen der Allgemeinheit zu befriedigen berufen

[1] A. a. O. S. 53 ff.

sind, auch „die hieran anknüpfenden Beziehungen allein publizistischen Charakter zu tragen vermögen."

Wir sind der Meinung, daß die Begriffe „Rechtsverhältnis" und „rechtliches Verhältnis" nicht gleich gesetzt und nicht verwechselt werden dürfen. Das rechtliche Verhältnis ist die Gesamtheit aller Rechtsbeziehuugen, das Rechtsverhältnis nur ein konkretes Verhältnis. Freilich ist das Verhältnis des Fürsorgeverbandes zum Hilfsbedürftigen ein öffentlich-rechtliches, nicht aber kann das gesagt werden von dem R e ch t s verhältnis, in das der Fürsorgeverband zum Dritten tritt, wenn er an dessen Stelle dem Hilfsbedürftigen den Unterhalt geleistet hat. Unsere Unterscheidung scheint eine Stütze bei Jellinek zu finden, [1] wenn er sagt: „Ist bloß der Ursprung eines Anspruches publizistisch, er selbst nur im Privatinteresse konstruiert, so fällt er gänzlich dem Privatrecht anheim.

Seine letzte Entstehungsursache hat der Ersatzanpruch des § 21 FVO freilich in der Tatsache, daß der Fürsorgeverband in Erfüllung seiner öffentlich-rechtlichen Mission tätig geworden ist, die rechtlichen Konsequenzen aber, die hieran das Gesetz im Verhältnis zum unterhaltsverpflichteten Dritten knüpft, dürften hier wohl privatrechtlicher Natur sein. Denn es ist nicht einzusehen, wieso und warum dem in Anspruch zu nehmenden Dritten der Fürsorgeverband in seiner Eigenschaft als Träger staatlichen Imperiums gewaltrechtlich gegenübertreten soll. Die Regelung des Ersatzanspruches scheint uns durchaus nicht im öffentlichen allgemeinen Interesse gegeben zu sein, sondern lediglich im Interesse des einzelnen Fürsorgeverbandes, zum Zwecke der Konservierung seiner Mittel und damit der Erhaltung seiner Leistungsfähigkeit. [2] Ein wesentliches Merkmal dafür, daß der Anspruch des Fürsorgeverbandes nicht auf einem Gewaltverhältnis beruht, scheint uns dabei vor allem darin zu liegen, daß imperalistische Ansprüche gegenüber den Subjizierten grundsätzlich a b s o l u t,

[1] A. a. O. S. 62 ff.
[2] vgl. § 2 Abs. III FVO.

ohne Auspruch auf eine konkrete Gegenleistung bestehen, im Falle des § 21 FVO aber ist ja der Anspruch gerade von einer Gegenleistung abhängig, nämlich davon, daß der Fürsorgeverband dem Unterhaltsverpflichteten seine Schuldnerverpflichtung gegenüber dem Hilfsbedürftigen abgenommsn hat.

Es treten sich also Fürsorgeverband und Dritter als durchaus nebengeordnete Persönlichkeiten gegenüber und wir haben es mit einem Anspruch des privaten Rechts zu tun, dessen rechtliche Natur durch die Bezugnahme auf die bürgerlich-rechtlichen Unterhaltsvorschriften sogar noch eine besondere Betonung erfährt.

Und gerade in letzterer Hinsicht muß man es als vollständig unbefriedigend bezeichnen, wenn Karnop mit seiner Theorie zu dem Ergebnis kommt: „Die Fassung des Gesetzgebers aber, daß der Fürsorgeverband berechtigt sein solle, den Unterhaltsanspruch in dem gleichen Maße und unter denselben Voraussetzungen geltend zu machen, wie der Unterstützte selbst, ist ohne jede Bedeutung; sie ist sogar völlig überflüssig und verwirrend, weil sich das Gesetz in dieser Beziehung selbst einschränkt und damit die Durchführung dieser Bestimmung unmöglich gemacht hat."

Mit den letzten Worten hat Karnop offensichtlich hauptsächlich das Hindernis des in praeteritum non vivitur im Auge. Er gibt also in diesem seinem Facit selbst indirekt zu, daß seine Theorie nicht so sehr das Ergebnis positiver Erwägungen als vielmehr das Ergebnis negativer Feststellungen ist. Die Meinung aber, daß jener Passus der Gesetzesnorm völlig unbegründet und bedeutungslos sein soll, muß doch recht vorsichtig machen. Wenn es auch richtig ist, daß die Gesetzgebungstechnik der neueren Zeit der früher üblichen Genauigkeit und der wünschenswerten Präzision manchmal entbehrt, so dürfte das wohl kaum ein Argument sein mit dem man jenen Passus abtun kann. Derart freie Auslegungen, die schon ganze Phrasen des Wortlauts unberücksichtigt lassen, würden ja gerade zu unhaltbaren Weiterungen führen.

Diese lapidare Schwäche der Karnopschen Theorie ist offensichtlich von Kraegeloh[1] empfunden worden. Er unternimmt es, den Versuch zu machen unter Aufrechterhaltung der Theorie vom öffentlich-rechtlichen Charakter des § 21 FVO jenem Passus seine Bedeutung zu belassen, indem er sagt: „Der Erstattungsanspruch des Fürsorgeverbandes aus § 21 Abs. 2 FVO ist ein selbständiger Anspruch des öffentlichen Rechts; er hat zum Gegenstand die Verwertung von Rechtsansprüchen, die dem Hilfsbedürftigen gegen Dritte zustehen und enthält die gesetzliche Ermächtigung zur Geltendmachung dieses Anspruches." Die Kraegelohsche Theorie ist also eine Synthese zwischen der öffentlich-rechtlichen Theorie und der Theorie der cessio legis, geboren aus der Empfindung heraus, daß der von Karnop mißachtete Passus doch auch eine Bedeutung haben müsse.

So bestechend die Theorie Kraegelohs auf den ersten Blick erscheinen mag, so wenig vermag sie einer kritischen Prüfung standzuhalten. Gerade dadurch, daß Kraegeloh als Gegenstand des Anspruchs aus § 21 FVO den Anspruch des Hilfsbedürftigen gegen den Dritten bezeichnet, entzieht er sich selbst den Boden für jede andere Theorie als die der cessio legis. Denn gerade diese Bezugnahme auf den Anspruch des Hilfsbedürftigen scheint uns das Wesen der Zession, die Identität des Anspruches des Fürsorgeverbandes mit jenem des Hilfsbedürftigen, auszumachen. Anderseits will Kraegeloh aber die Zessionstheorie als nicht brauchbar bezeichnen — und deshalb die öffentlich-rechtliche Theorie an ihre Stelle setzen — weil auch er am Präsens „hat" Anstoß nimmt, mit der Begründung, daß ein Übergang nicht mehr stattfinden könne, weil ein gegenwärtiger Anspruch des Hilfsbedürftigen gegen den Dritten infolge der saturierenden Wirkung der Leistung des Fürsorgeverbandes nicht mehr bestehe. Hier müssen wir fragen: Was soll bezüglich dieses Punktes durch die Theorie des öffentlich-rechtlichen Anspruchs gewonnen sein, wenn dann

[1] Vgl. Ztschr. f. d. Heimatwesen, 34. Jgg. Nr. 2, Sp. 21.

doch wieder gesagt wird, daß sich der Inhalt dieses öffentlichen Rechtsanspruches nach den Grundsätzen des Unterhaltsanspruches bemisst? Damit dürfte also dieses Problem lediglich ein Stück hinausgeschoben, aber nicht aufgehoben sein, weil es ja bei der Untersuchung des Inhalts des Anspruches des Hilfsbedürftigen gegen den Dritten notwendigerweise von neuem auftauchen muß. Und wenn Kraegeloh endlich davon spricht, daß der Fürsorgeverband mit § 21 FVO die gesetzliche Ermächtigung zur Geltendmachung der Ansprüche des Hilfsbedürftigen erhält, so scheint er uns da doch eine Konstruktion zu bringen, die weder im geltenden Recht noch auch in der Theorie eine Stütze findet. Wenn wir Kraegeloh richtig verstehen, so macht nach seiner Meinung der Fürsorgeverband mit § 21 Abs. 2 FVO einen Anspruch geltend, der in Wirklichkeit noch — materiell und formell — dem Hilfsbedürftigen zusteht. Aus welchem Gesichtspunkte und durch welchen Rechtsvorgang nun aber die Aktivlegitimation dem Hilfsbedürftigen verloren gehen und dem Fürsorgeverband zukommen soll, — ohne daß man cessio legis annimmt — ist nicht ersichtlich. Von der Rechtserscheinung, daß der Ehemann das eingebrachte Gut seiner Ehefrau in eigenem Namen geltend machen darf — woran man allenfalls vergleichend denken könnte — ist die Konstruktion Kraegeloh's grundverschieden. Denn im Falle des § 1380 BGB ändert sich am Eigentumsverhältnis des eingebrachten Gutes gar nichts. Das Recht verbleibt der Frau. Man darf also wohl § 1380 BGB als eine im Wesen prozessuale Norm ansprechen. Im Falle der Kraegelohschen Konstruktion aber würde es sich nicht um eine bloß prozessuale Geltendmachung eines fremden Anspruches durch den Fürsorgeverband, in eigenem Namen, handeln, sondern das Recht stünde danach auch m a t e r i e l l dem Fürsorgeverband selbst zu, denn dieser ist es ja auch, der es wirtschaftlich ausbeutet. Es darf also wohl Kraegeloh entgegengehalten werden: Wenn der Fürsorgeverband im eige-

nen Namen und zu eigenem wirtschaftlichen Interesse den Anspruch des Hilfsbedürftigen geltend machen darf, so kann diese Tatsache nur die Folge eines Übergangs dieses Anspruches vom Hilfsbedürftigen auf den Fürsorgeverband sein.

§. 13.

Ergebnis.

Zusammenfassend kommen wir also zu dem Ergebnis, daß all die Einwendungen, wie sie die Gegner der Zessionstheorie bringen, letzten Endes der Stichhaltigkeit entbehren, ja wir haben im Gegenteil feststellen können, daß diese „Einwände" in Wirklichkeit sich als bedeutsame Argumente zugunsten der Zessionstheorie darstellen. Daß wir zu diesem Schlusse gelangen, der den überwiegend gegenteiligen Ansichten der neueren Literatur widerspricht, hat seinen besonderen Grund darin, daß wir von der grundsätzlichen Erwägung ausgingen, daß bei der Prüfung der ganzen Frage des Übergangs vor allem die besondere Natur des übergehenden Anspruchs zu untersuchen sei. Daß dies bis jetzt nicht versucht worden ist, vielmehr durchwegs die Untersuchung des Problems erst — oder schon — mit der Behandlung des Übergangs selbst bezw. mit der Betrachtung des Tatbestandes, wie er sich darstellt, wenn der Anspruch des Unterstützten bereits in der Hand des Fürsorgeverbandes sich befindet, eröffnet wurde, daran krankten die bisherigen Untersuchungen samt und sonders. Die von uns gemachten Ausführungen dürften ergeben haben, daß der Kernpunkt des Problemes des § 21 FVO nicht beim neuen Gläubigeranspruch des Fürsorgeverbandes, sondern beim alten Unterhaltsanspruch des Unterstützten liegt.

Wenn wir die besprochenen Einwände ad absurdum geführt haben, so ist auch die aus der Praxis erwachsene Klage nicht mehr begründet, daß die Zessionstheorie den Anforderungen der Praxis nicht gerecht werde. Uns scheint ganz

im Gegenteil, daß gerade die Zessionstheorie durch den Zusammenhang, den sie zwischen dem Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes mit den gefestigten Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, insbesondere jenen des familienrechtlichen Unterhaltsanspruches, herstellt, die einzig wünschenswerte Lösung sei.

Auch in theoretisch-systematischer Hinsicht mag sie mehr befriedigen als die Konstruktion eines neuen selbständigen öffentlich-rechtlichen Ersatzanspruches. Es liegt im Interesse eines einheitlichen, festgefügten, grundsätzlichen Systems unserer Rechtswissenschaft, die Normen neuerer Gesetze in ihrer begrifflichen Art auf die überlieferten dogmatischen Institute der bisherigen Rechtszustände zurückzuführen und und sie dem großen System grundlegender Lehren einzuordnen. Neue Gebilde wie „öffentlich-rechtliche Ansprüche" wirken hier nur unliebsam zersetzend. Daß der Ersatzanspruch des Fürsorgeverbandes ein „selbständiger, öffentlich-rechtlicher Anspruch" sei, dünkt uns nicht Antwort auf die Frage nach seiner rechtlichen Natur zu sein; denn diese Problemstellung fragt nach dem Typus. Ein öffentlich-rechtlicher Anspruch ist aber kein Typus, sondern er bedeutet die Negierung eines solchen; denn der Begriff des „öffentlichen-rechtlichen Anspruchs" ruft ebenso wieder nach Spezialisierung wie etwa der Begriff des „bürgerlichrechtlichen Anspruches". Mit der Feststellung, daß der Ersatzanspruch des § 21 FVO ein öffentlich-rechtlicher sei, ist also in positiver Hinsicht recht wenig gewonnen.

Vor allem aber hat die Erklärung des § 21 FVO als eine gesetzliche Zession den großen Vorzug, daß man damit zugleich der geschichtlichen Entwicklung dieser Bestimmung gerecht wird. Die anderen Lösungen, insbesondere aber die Annahme eines öffentlich-rechtlichen Anspruches, geraten notwendig in unangenehme Kollision mit der Tatsache, daß der alte § 62 UWG von seinen Schöpfern als eine cessio legis gedacht war. Die verschiedenen Versuche, die diesbezügli-

chen Widersprüche zu beseitigen, — sie bestehen meist darin, daß man den Motiven zum UWG ihre Bedeutung für die rechtliche Qualifikation absprechen will — müssen als recht unbefriedigend bezeichnet werden.

Wenn auch das Reichsgericht zu dieser Frage der rechtlichen Natur des § 21 FVO noch keine Stellung genommen hat, so scheint doch die Rechtsprechung, soweit man von einer solchen bei der Kürze der Geltungsdauer der FVO überhaupt reden kann, auf dem alten Standpunkt der cessio legis beharren zu wollen. Es sei hier hingewiesen auf die Revisionsentscheidung des Reichsversicherungsamtes vom 36. Mai 1928.[1] Dort handelt es sich zwar nicht direkt um eine Stellungnahme zum Wesen des § 21 FVO, aber in den Gründen der Entscheidung wird diese Frage berührt. Es handelt sich um die Frage, ob der Fürsorgeverband aus der Arbeitslosenversicherung Ersatz seiner Aufwendungen verlangen kann, nachdem im AVAVG[2] eine dem § 1531 RVO entsprechende Regelung nicht enthalten ist. Das Reichsversicherungsamt bejaht dies damit, daß es sich auf den Standpunkt stellt, daß es einer derartigen Bestimmung nicht bedurft habe, weil § 21 Abs. 2 FVO Platz greife und entscheidet:

> „Hat ein Fürsorgeverband einen hilfsbedürftigen Versicherten auf Grund der Verordnung vom 13. II. 1924 für eine Zeit unterstützt, für welche dem Versicherten rückwirkend die Krisenunterstützung zuerkannt ist, so geht der auf diese Zeit entfallende Anspruch des Krisenunterstützungsempfängers in der Höhe des aufgewendeten Betrages auf den Fürsorgeverband über."

Bringt also das Reichsgericht schon durch den Wortlaut des Tenors zum Ausdruck, daß hier ein Fall der gesetzlichen

---

[1] II A Nr. 4/28. Abgedruckt in den amtlichen Nachrichten f. Reichs-Vers. 1928 IV S. 248.

[2] = Gesetz über Arbeitsvermittlung u. Arbeitslosenversicherung v. 16. VII. 1927.

Zession vorliegt, so wird das vollends unzweifelhaft durch jene Stelle der Begründung, wo ausgeführt ist, daß § 111 des AVAVG, der die Arbeitslosenunterstützung für unpfändbar erklärt, im Hinblick auf die §§ 400 und 412 BGB kein Hindernis für den Übergang sein könne, weil § 21 FVO Abs. II für den Bereich des Fürsorgewesens die Sondervorschrift gegenüber den allgemeinen Grundsätzen des BGB darstelle. In ähnlicher Weise erklärt Regierungsrat Tormin, Lübeck [1], die Nichtanwendbarkeit des § 111 AVAVG damit, daß er sagt bei § 21 FVO Abs. II handle es sich ja nicht um eine rechtsgeschäftliche Abtretung, sondern um einen reichsrechtlich geregelten Übergang eines Anspruches von Gesetzes wegen.

---

[1] Zschr. f. d. Heimatwesen, 33. Jgg. Nr. 1, Sp. 18 und Nr. 16, Sp. 495.

Anmerkung des Verfassers:

Die Fakultät legt Wert auf die Feststellung, daß sie zu der von mir vertretenen Auffassung keine Stellung nimmt.

Druckfehlerberichtigung:

Seite 15, 9. Zeile von oben: „Bewußtsein“ statt „Bewustsein“

„ 17, 9. Zeile von oben: „Geschäftsherr“ statt „Geschäftsführer“

„ 32, 4. Zeile von unten: „Ausgeführten“ statt „ausgeführten„

„ 33, 5. Zeile von unten: „daß“ statt „das“

„ 39, 6. Zeile von oben: „Identität“ statt „Indendität“

„ 40, 9. Zeile von § 10: „nur in Ansehung“ statt „nur Ansehung“